الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي اليابس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

سيدي بلعباس

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه

تخصص: قانون

فرع: قانون الإدارة العامة

الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية

من إعداد الطالبة إشراف الأستاذ

سفير حاجة كحلة . د مسعودي رشيد

لجنة المناقشة

السيد كراجي مصطفى أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس رئيسا

السيد مسعودي رشيد أستاذ محاضر أ جامعة معسكر مشرفا مقررا

السيد قاسم العيد عبد القادر أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015

شكر وتقدير

بادئ ببدء أنحني ساجدة لله تعالى ولي نعمتي، وأحمده على تمام نعمته ورحماته عليَّ، كما أشكره عز وجل شكرا يليق بجلاله وعظمته على توفيقه لي بإتمام هذا البحث

فإنه نعم المولى ونعم النصير

كما أتوجه وقارا بالصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد رسول الله النبي الأمين، الذي بسببه نعمت الأمم كافة بالإسلام

فله مني أزكى صلاة وتسليم إلى يوم الدين

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذي الكريم مسعودي رشيد الذي كان له الفضل الكبير في إخراج هذا العمل إلى النور

كما لا يفوتني أن أوصل شكري الخالص إلى أساتذتي الكرام السادة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم وتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة

فالله أسأل أن يكرمهم في دنياهم وأخراهم، إنه هو الجواد الكريم

الإهداء

- إلى أبي وأمي

- إلى زوجي وأولادي شريفة، محمد، مصطفى

- إلى جميع أفراد عائلتي على الضفتين

- أدام الله لي الجميع

- إلى جميع المخلصين ممن كان لهم فضل في نجاحي من قريب أو بعيد

- أهدي هذا العمل.

قائمة بأهم المختصرات :

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

د.ذ.س : دون ذكر سنة النشر

د.ذ.د : دون ذكر دار النشر

ط : طبعة

ج : جزء

ص : صفحة

ع : عدد

Abréviations

A.J.D.A : Actualité juridique le droit administratif

C.E : conseil d'état

D : dalloz

L.JD.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

éd: édition

l.g.d.j : librairie

o.p.u : office des publication universitaires

op.cit : ouvrage précédemment citée

P : page

p.p : De la page ….à la page

P.U.F: Presse universitaire de France

مقدمة

مقدمة

أمام الوتيرة المتسارعة للأنشطة التنموية اقتصادية كانت أو اجتماعية، فُرض على الدول كافة الأخذ بمبدأ الأسلوب التعاقدي في علاقاتها ببعضها البعض، أو في علاقاتها بالأشخاص الطبيعية،من ذلك شكل هذا المبدأ الأسلوب الناجع الذي تلجأ إليه الإدارة في تنفيذ المشاريع وتسير المرافق العامة التي تتحقق من خلالها أهداف السياسات الاقتصادية وتجسيدها، فتبوأ من المكانة التي لا تقل أهميةً عن القرارات الإدارية.

غير أنّ تبني هذا الأسلوب بالذات من طرف الإدارة يفرض عليها في الكثير من الأوقات الخضوع لقانون خاص كالقانون المدني أو القانون التجاري مثلا، كما قد يحصرها ضمن إطار تنظيمي متميز خصوصا عند اختيارها لأسلوب الصفقات العمومية لمكانتها نظراً لاتصالها المباشر بالمال العام والخزينة العمومية إن صح التعبير باعتبارها المضخة التي يفرغ فيها المال العام لتحقيق التنمية المطلوبة، فكانت حتمية أمام المشرع الجزائري الانخراط في مسلسل التعديلات التي ترمي في كل مرة إلى تحقيق ذلك التكامل والتناغم بين النصوص القانونية ما يكفل الصالح العام والخاص معا وما يلبي أيضا حاجات ومتطلبات العصرنة . وهذا ما دلّت عليه الترسانة القانونية لتنظيم الصفقات العمومية .

وإصرارا من الدولة الجزائرية في المضي بثبات نحو ديناميكية الإصلاح؛ لتغيير إيديولوجيتها من الاشتراكية الموجهة إلي الرأسمالية الليبرالية؛ كانت المرحلة الأولى لهذا التنظيم أي قبل 1967 خاصة نوعا ما على أساس أنّ الإدارة آنذاك كانت تحت رحمة الاستعمار

الفرنسي لكن سرعان ما تحقق الاستقلال مع بقاء شبح السيطرة الفرنسية ، إذ بدا واضحا في الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17-06-1967 المتعلق بالصفقات العمومية [1] الذي جاء يهدف إلى بناء الدولة المستقلة القائم اقتصادها عل ى النهج الاشتراكي قصد حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة القائمة عليه والاعتماد على أسلوب الصفقات العمومية كرافعة إستراتيجية لنمو الاقتصاد وتنفيذ المخططات.

لتأتي المرحلة الثانية التي سارت على نفس النهج والتي تجسدت في المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982[2] الذي حاول من خلاله المشرع تطبيق نظام الصفقات العمومية على كافة المؤسسات العمومية اعتقادا منه تحقيق فكرة وحدة القانون والانسجام أكثر مع النهج المختار.

وبالمرور على المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 [3] الذي كان قفزة ونقلة تاريخية خاصة بعد صدور دستور 1989حيث تمّ الإعلان فيه عن التخلي عن النهج الاشتراكي، ما يعني تغير الفكر القانوني الذي فرض وضع نظام جديد يتكيف والمعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة ، من خلال التشريعات التي توالت فيما بعد والتي تمثلت في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 27-07-2002 [4] المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003 المتعلق دائما بتنظيم الصفقات

[1]- ج. ر. ج. ج ، ع 52 الصادرة في 09 ربيع الأول 138وم السياسية ، 7هـ الموافق ل 17 يونيو 1967 ، ص ـص 18،7 .
[2]- ج ر.ج.ج ، ع 15 الصادرة في 13 أبريل 1982 م، ص 740 .
[3]- ج ر.ج.ج ، ع 57 الصادرة في 13 نوفمبر 1991م ، ص 2211 .
[4]- ج.ر.ج.ج ، ع 52 الصادرة في 28 يوليو 2002م ، ص 02 .

العمومية[1] والمرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008[2] ، حيث عرفت هذه المرحلة تبني سياسة الخوصصة وإقرار لمبدأ الشفافية والمساواة وتفعيله من أجل التسيير الحسن للمال العام فضلا عن إعادة صياغة هذا التنظيم على أساس أهميته الخاصة بالنسبة للعقود الإدارية وما يتوافق والمصالح الخاصة.

هذا ،ونشير إلى أنّ نظرة الاهتمام التي بدأ المشرع يلقي بظلالها على المتعامل المتعاقد باعتباره الساعد الأيمن للإدارة التي سرعان ما زادت أعباءها ما استلزم التفتيش عن حلول تعزز الثقة أكثر بهذه الإدارة من أجل تشجيع التعاقد معها وبالفعل بدأ العمل علي هذه الفكرة من خلال التشريعات اللاحقة له كالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10 - 2010 [3] الذي استتبعه التعديل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011 [4] والمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 يونيو 2011 [5] والمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012[6].

وكذا المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 [7] وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [8] الذي تعززت به المنظومة القانونية[9].

---

[1]- ج.ر.ج.ج ، ع 55 الصادرة في 14 سبتمبر 2003م ،ص 06 .

[2]- ج.ر.ج.ج ، ع 62 الصادرة في 09 نوفمبر 2008 ، ص06 .

[3]- ج.ر.ج.ج ، ع 58 الصادرة 07 أكتوبر 2010 ، ص03 .

[4]- ج.ر.ج.ج ، ع 14 الصادرة في 06 مارس 2011 م ، ص14 .

[5]- ج.ر.ج.ج ، ع 34 الصادرة في 19 يونيو 2011 م ،ص 06 .

[6]- ج.ر.ج.ج ، ع 04 الصادرة في 26 يناير 2012م ، ص 04 .

[7]- ج.ر.ج.ج ، ع 02 الصادرة في 13 يناير 2013 م ، ص 05 .

[8] - ج.ر.ج.ج ، ع 50 الصادرة في 20سبتمبر 2015 ، ص 03 .

[9]- للإشارة هناك البعض من الفقه الجزائري من رأى في التعديلات المتتالية عدم الثبات ومنهم الأستاذة ضريفي نادية بقولها : " ...عدم وجود أمن قانوني في الصفقات العمومية بسبب كثرة التعديلات المتعلقة بها سواء فيما تعلق بالإجراءات أو مجال التطبيق أو حتى في الرقابة،

وبوقوفنا عند حدود ما فرضته حساسية وأهمية مجال الصفقات العمومية ،لمسنا أن النصوص القانونية التي نظمته لم تتضمن تعريفا محددا له ،لكن هذا لم يمنع مشرعنا من استعمال عدة معايير للإشارة إليه وتوضيحه لأن من عادة هذا الأخير عدم التضييق من المصطلحات ولتترك نوع من المساحة التي تمثل مرونةً يجد القاضي نفسه فيها أكثر ، فالتحديد قد يحصر الموضوع في قالب معين ما قد يكسبه الجماد الممل القاتل للاجتهاد القضائي الذي يقود حتما يقود لعدم الوصول للهدف المرجو أو حتى ضياع الحقوق في كثير من الأحيان[1] .

وتبعا لأهمية الصفقات العمومية باعتبارها رافعة النماء والرفاه من خلال تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية حتى أصبحت تمثل مقياس درجة تقدم الدول وتطورها فمن البديهي أن يكون المستجد التشريعي والتنظيمي المتعلق بالحماية القانونية للمتعامل المتعاقد في هذا المجال يمثل دورا لا يستهان به في ترسيخ مبدأ الحكامة الرشيدة للمال العام كغاية أسمى للمشرع الجزائري .

وعليه، تمّ اعتماد طرق خاصة لإبرامها [2] التي تمثلت في كيفيتين تبناهما المشرع الجزائري من خلال طلب العروض [1] كقاعدة عامة، في حين كانت القاعدة الاستثنائية إجراء التراضي

=وهو ما يعطينا انطباع بتردد و عدم ثبات المشرع حول الأحكام المنظمة للصفقات العمومية ، والصفقات هي مجال للاستثمار في الحقل العمومي ... " مداخلة بعنوان توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة ص 03 .

[1]- خراجي مصطفى ، محاضرات مقياس القرارات الإدارية ألقيت على طلبة الماجستير تخصص الإدارة العامة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2014 .

[2]- للاستزادة حول تفاصيل طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري راجع قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، د.م.ج ، الجزائر ، ط03 ، 2008 .

والتي لا تعتمد إلا في حالات عددها المشرع في المادة 49 من المرسوم الحالي لكون هذا النوع من العقود يتضمن بنودا غير مألوفة يجعلها تشكل قيدا على إجراءات التعاقد ، إلاّ أنّه قد لا تصل هذه القيود إلى مبتغاها وجوهرها ما لم تتوفر على آليات فعالة تكون بمثابة الدرع الواقي الذي يجبر الإدارة على احترامها في إطار ضمان الحقوق وحريات المتعاقدين معها وحفاظا على مبدأ المساواة بينهما .

وعلى أساس عدم تكافؤ التوازن ما بين أطراف العلاقة العقدية ما بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها كان لزاما على المشرع الجزائري أن يضع عدة خطوط دفاع بمنحها سلطات استثنائية [2] متوخيا في ذلك السير الحسن المنتظم والمضطرد لها تحقيقا للصالح العام، من خلال سلطة الرقابة سواء كانت توجيها أو إشرافا لتتأكد من تنفيذ الصفقة وفقا لشروطها[3]، وسلطة التعديل التي قد تغير من التوازن المالي للعقد، ذلك أنّه قد تستجد معطيات بظهور متطلبات عند تنفيذ العقد تفرض الزيادة أو النقصان في قيمة وكمية الخدمات

مانع عيد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2007/ 2008 ، ص 51 وما يليها .

kobtan Mohamed : introduction à l'étude du droit des marches publics , revue du conseil d' état n3, 2003 p 19 et suite

[1]- علما أنه كمصطلح تم استحداثه وفق التشريع الحالي لتنظيم الصفقات العمومية 15-247 تماشيا مع الترجمة الفرنسية له _ appel d'offre_بعدما كان يطلق عليه مصطلح المناقصة في التشريع السابق .

[2]- وفقاً لتنظيم الصفقات العمومية وبالتحديد المادة السادسة منه هي: 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 ؛ المهم أنها كلها تنصهر في الأخير في قالب ما يسمى بالدولة التي لا تكون إلا من خلال تعاضد ذاك الكم من المرافق الذي يفرض تخويلها سلطات وصفت بالاستثنائية، سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013/2012، ص 5 .

[3] - نبيل العاتي، استقلالية المشتري العمومي ،مذكرة ماجستير، جامعة المنار، تونس 2008/2009، ص42 .

المقررة لهذه الصفقة أو تغير في طرق ووسائل التنفيذ [1] فتضطر المصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل عن طريق الملحق الذي يشكل الوثيقة التعاقدية للصفقة ذاتها، بالإضافة لتوقيع الجزاءات سواء كانت مالية [2] كفرض غرامات تأخيرية أو مصادرة التأمين أو فرض تعويض أو جزاءات ضاغطة كسحب العمل في عقود الأشغال العامة أو الشراء علي حساب المورد في عقود التوريد أو قد يكون الجزاء في صورة فسخ للصفقة متى قدرت أن عدم احترام المتعاقد معها واجباته العقدية المفروضة عليه سواء المتعلقة بالجوانب المالية من خلال تقديم الكفالة أو التقنية والمتمثلة في أداء الخدمة، وبالطريقة السليمة ووفق المدة المتفق عليها أو قد يخل بإحداها، مما يعرضه لتلك الجزاءات،على أساس التزامه بواجباته يفتح له باب المطالبة بحقوقه .

و تعد هذه السلطة أخطر سلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء للقضاء [3] .

وفي إطار ممارسة المصلحة المتعاقدة سلطاتها الاستثنائية يمكن لها أن تنهي العقد متى رأت ضرورة استدعتها المصلحة العامة، على خلاف الوضع بالنسبة للمتعامل المتعاقد باعتباره يمثل الحلقة الأضعف لسعيه الحثيث لتحقيق المصلحة الخاصة تبريرا لتميّزها بهذه السلطات.

بيد أنّ تميّز المصلحة المتعاقدة بالسلطات الاستثنائية المذكورة لا يمنع في نفس الوقت من إيجاد نظام حمائي قانوني وقادر على ضمان الحماية القانونية اللازمة للمتعامل المتعاقد لتخفيف حدّتها في مواجهته.

---

[1] – نبيل العاتي، المرجع نفسه ، ص 55 .

3 _عبد القادر دراجي سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية ، مجلة المفكر . ع 10 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، ص97

[3]. عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية ، دار النشر ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003،ص 336.

وللإشارة فإن المشرع تبعا لموضوعنا لم يلق الضوء على إجراء الاستعجال بعد التعاقد ولم يشر إليه بصريح العبارة ،على خلاف الأمر بالنسبة للاستعجال ما قبل التعاقد الذي تناوله بموجب المادة 946 ق إ م إ إذ اعتبر الإخلال بعنصر المنافسة والإشهار يفتح باب الحق في الاستعجال ما قبل التعاقدي ، إلاّ أنّه من غير المستبعد أيضا وقوع القائمين على العملية التعاقدية – من يوصفون بالمصلحة المتعاقدة – في الخطأ والتعسف بل وحتى الانحراف في استعمال هذه السلطات لأنّهم في الأخير ما هم إلاّ بشر وتلك الميزات خلّة فيهم خصوصا وأن أغلب المنازعات الناتجة أثناء عملية تنفيذ الصفقة تتعلق بالجانب التقني من خلال تفسير المصلحة المتعاقدة البنود الغامضة بإرادتها المنفردة أو تفسير مخططات الإنجاز بعد الشروع في عملية التنفيذ مما يوّلد التزامات أخرى إضافية تقع على عاتق المتعامل المتعاقد الرافض لها ،وقد تنتج عن فرض المصلحة المتعاقدة نوعية الخدمة المطلوبة غير المدرجة في الصفقة[1].

كما تنتج في نفس السياق نزاعات تتعلق بالجانب المالي والتي تتجلى في عدم تسديد المصلحة المتعاقدة مستحقات الصفقة أو التأخر في تسديدها وعدم دفع الفوائد التأخيرية

[1]– حاجي ابتسام ، منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الإدارة العامة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، ص ص 108 – 109 .

للمتعامل المتعاقد[1] ، إلى جانب تغييرها السعر القاعدي فيما يعرف بتحيين الأسعار بعد بدء عملية التنفيذ [2] .

و هذا ما دفعنا لمعالجة الموضوع من خلال البحث بالدراسة والتحليل عن الآليات التي تكفل الحماية القانونية اللازمة للمتعامل المتعاقد الذي رست عليه الصفقة سواء في جانبها الودي أو القضائي.

وعلى ضوء ما تمّت الإشارة إليه تسعى هذه الدراسة إلى رصد الآليات المقرّرة تشريعيا وتنظيميا للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية سواء تعلقت بالجانب الإداري أو الجانب القضائي، لتدارك مدى جدارتها كسياج حمائي في صون الحقوق والحريات للمتعامل المتعاقد باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية المبنية علي عدم التكافؤ .

وكأي بحث أكاديمي، كانت قلة المراجع المتخصصة ولاسيما الحديثة منها أهم عقبة صادفتنا أثناء إعداد الدراسة ، ناهيك عن انعدام الأحكام القضائية – إن لم نبالغ – أمام صعوبة الحصول عليها لتحجج بعض القائمين عليها بواجب التحفظ الذي يفرض عدم الاطلاع على أرشيف الأحكام القضائية.

---

[1]- حاجي ابتسام ، المرجع نفسه ، ص 89 .

[2]- نصت المادة 100 /3 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على ما يلي : " لا يمكن تحيين الأسعار إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض و تاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية " .

ونظرا لكون أغلب الدراسات التي تناولت موضوع الصفقات العمومية كانت عامة فضلنا أن تتمحور حدود دراستنا في الجانب التنفيذي لها لأهميته وما يثيره من إشكالات قد تعترض سبيل المتعامل المتعاقد.

وعليه،تمثلت الإشكالية في معرفة مدى فعالية الآليات الإدارية والقضائية المقررة تشريعيا وتنظيميا في حماية المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات الاستثنائية للمصلحة المتعاقدة ؟

وتأسيسا على ما تقدم تمّ اعتماد المنهج التحليلي الاستقرائي لكونه يتماشى والإشكالية المراد معالجتها ، إلا أن هذا لم يمنعنا من الرجوع في الكثير من الحالات إلى المنهج المقارن لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية إلي جانب بعض التشريعات الأخرى كلما اقتضت ذلك الضرورة، وذلك من أجل استقصاء التطور الحاصل والوقوف على نجاعة التعديل في استدراك الثغرات.

وكمحاولة للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم الموضوع إلى فصلين، حيث تمّ التعرض في الفصل الأول للتسوية الودية للمتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية من خلال الطعن الإداري والتحكيم كآليات ودية، في حين عالج الفصل الثاني التسوية القضائية الإدارية من خلال قضاء الاستعجال وكذا قضاء الموضوع.

الفصل الأول: التسوية الودية للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية

يعد تجسيد إدارة فعالة تسهر على تنفيذ السياسات العامة للدولة من أهم أولويات أي دولة تسعى لتحقيق الرفاه لشعبها [1]، وذلك بموجب نظام حمائي إداري قانوني، يعكس مدى قدرتها على مواكبة التطور الاجتماعي، الاقتصادي والسياسي الذي شهده المجتمع الدولي من خلال الأهمية البالغة التي تكتسبها الصفقات العمومية، باعتبارها الأداة الإستراتيجية في التقدم والنماء الوطني وكذا المحلي .

حيث لم يدخر المشرع الجزائري أي جهد في سبيل بلوغ تلك الغاية، إذ سخّر كل طاقاته في البرمجة والتخطيط والتنظيم والممارسة الفاعلة لتحقيق الأهداف المرجوة من ذلك إلاّ أنّه في خضم هذا السعي قد تواجه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية الذي تجاوز مرحلة إبرام العقد عقبات وصعوبات ميدانية قد تحول دون تحقيق لما يصبو إليه وخاصة أمام السلطات الاستثنائية المخولة قانونا للإدارة المتعاقدة التي قد تجعل موازين القوى في العلاقة العقدية غير متكافئة ، مما قد يلحق ضررا بالمتعامل المتعاقد الذي يجد نفسه غالبا عاجزا عن التنفيذ.

وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل دراسة الوسائل والسبل التي تضمن له الحماية الإدارية وكيف أحاطها المشرع الجزائري بعنايته في إطار تشجيع التعاقد مع الإدارة، من خلال الطعن الإداري (المبحث الأول) و كذا من خلال التحكيم (المبحث الثاني).

1- أحمد سويقات ، الرقابة على أعمال الإدارة العمومية في الجزائر ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، فرع قانون عام ، جامعة محمّد خيضر ، بسكرة ، 2014 _2015 ، ص 01 .

المبحث الأول : الطعن الإداري آلية ودية لحماية المتعامل المتعاقد

يعتبر الطعن الإداري من أهم طرق التسوية الودية لفض منازعات الصفقات العمومية التي قد تطرح ما بين الإدارة المتعاقدة والمتعامل معها أثناء التنفيذ، وذلك بوضع حد لها في وقت مبكر دون الحاجة إلى القضاء مما يعمل على تخفيف العبء عنه، على أساس أنّ العالم الخارجي قد فرض الإسراع في وتيرة النمو أمام المنافسة الأجنبية الشرسة؛ الناتجة عن تنامي مد العولمة والتي ساهمت كثيرا في تجسيد وإنقاذ الاستثمار العمومي في مختلف ربوع الوطن هذا ما أدى إلى التأثير على حجم النفقات المجسدة في الصفقات العمومية، وبما أنّ هذا المجال الحساس بدوره يعرف تغيرات التي قد تكون أحيانا خارجة عن إرادة الطرفين كانت الحاجة الملحة للتوصل إلى حلول ترضي جميع الأطراف وفي أقرب الآجال إذ تخوّل للمتعامل المتعاقد حق المطالبة بإيجاد حل ودي لإحدى مشاكله التي قد تواجهه أثناء تعامله مع الإدارة وخاصة عند إنجاز الصفقة العمومية مما يفتح المجال لمراجعة نفسها أو تصرفاتها التي قد تكون معيبة بأحد عيوب المشروعية[1].

وهذا مادعانا بداية للتعرض لمفهوم الطعن الإداري وحكمه (المطلب أول) ثم تناول اللجان المختصة بنظره (المطلب الثاني).

[1]- حاجي ابتسام ، المرجع السابق ، ص 83.

المطلب الأول : مفهوم الطعن الإداري وحكمه

نظرا لما يمثله الطعن الإداري في حل النزاعات الناتجة ما بين الإدارة والمتعاقد معها و الدور الفعال الذي يلعبه في تفادي اللجوء للقضاء وتعقيداته كان تناولنا لمفهومه (الفرع الأول) مع تبيان حكمه (الفرع الثاني) كالآتي:

الفرع الأول : مفهوم الطعن الإداري

يراد بالطعن الإداري أو التظلم لغة " تظلم منه شكا من ظلمه ، والمتظلم الذي يشكو رجلا ظلمه ، والمتظلم أيضا الظالم، ويقال تظلمني فلان أي ظلمني وتظلم فلان إلى الحاكم من فلان فظلّمه تظليما أي أنصفه من ظالمه و أعانه عليه . والظلمة المانعون أهل الحق حقوقهم و قيل الظلمة في المعاملة، ويقال ظلمته فتظلم أي صبر على الظلم.[1]

ويعتبر الطعن الإداري أو التظلم من أهم الطرق والوسائل التي يتم بموجبها حل النزاعات ما بين الإدارة و المتعامل معها، وعليه كانت محاولة كل من القضاء والفقه ضبط مفهومه كما يأتي:

أولا– المفهوم القضائي للطعن الإداري :

يرى القضاء الإداري المصري أنّ التظلم هو الأصل في مجال استخلاص ذوي الشأن لحقوقهم و رفع الظلم عنهم وجهة الإدارة هي الخصم الشريف يتعيّن عليها أن تعيد الحق لأصحابه دون أن تكبدهم مشقة القضاء وإجراءاته ، هذا ما أكده المشرع حرصا منه على

[1]– جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المحيط، المجلد الثاني، دار لسان العرب، بيروت، د ذ س،ص 650 .

تخفيف العبء على العامل وتجنبه أعباء التقاضي ، اشترط لقبول دعوى الإلغاء في بعض الأحوال أن يسبقها تظلم تفاديا لطرح النزاع على القضاء [1].

وفي حكم آخر عرّفت ذات المحكمة الإدارية العليا التظلم على أنّه كل ما يفيد تمسك المتظلم بحقه ومطالبته باقتضائه [2] .

ثانيا– المفهوم الفقهي للطعن الإداري

يرى الأستاذ سليمان مُحَمَّد الطماوي أنّ التظلم الإداري يكون في حالة صدور قرار إداري معيب أو غير ملائم على الأقل ، فيتقدم أحد الأفراد ممن يمسهم الضرر إلى الجهة التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية طالبا سحبه أو تعديله [3].

وعرّفه الأستاذ علي خطار شطناوي بأنّه وسيلة قانونية لفض المنازعات الإدارية من قبل الإدارة نفسها ، سواء استجابت الإدارة لطلبات صاحب الشأن كليا أو جزئيا [4] .

و عرّفه الأستاذ مصطفى كمال وصفي على أنّه عرض الفرد حاله على الإدارة طالبا منها إنصافه [5] .

---

[1]– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 680 لسنة 31 ق ، جلسة 31 ديسمبر 1986 ، مجموعة المبادئ 31 ، ص 18 نقلا عن مُحَمَّد خليفة الخيبلي ، التظلم الإداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية و الإمارات العربية المتحدة ، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2009 ،ص24 .

[2]– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 839 لسنة 8 ق جلسة 27–06–1965 ، الموسوعة الحديثة ، ج15 ، 1986–1987 ، ص–ص ، 38،39 نقلا عن المرجع نفسه ، ص 23 .

[3]– سليمان مُحَمَّد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء ، دار الفكر العربي)، القاهرة ، 1986 ، ص 533 .

[4]– علي خطار شطناوي ، التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء ، المجلة القضائية الأردنية ، المعهد القضائي ، عمان ، ع 12 ،1998 ، ص 03 .

[5]– مصطفى كمال وصفي ، أصول إجراءات القضاء الإداري طبقا للقانون رقم 74 لسنة 1972 ، القسم الثاني 1974 ، ص 170 .

كما حاول الأستاذ عاطف محمود البنا تقديم مفهوما له بذكره على أنّه هو الذي يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الجهة الرئاسية طالبا تعديله أو سحبه [1] .

ورآه الأستاذ مُحَمَّد وليد العبادي على أنّه لجوء صاحب الشأن إلى الإدارة شاكيا من قرار إداري يعتقد أنّه معيب وسبب له ضررا ماديا و معنويا و يطالب بإلغاء هذا القرار كلا أو جزءا [2] .

و هناك من رآه أنّه مجرد إجراء إداري يوجه ضد قرار غير مشروع للإدارة المعنية من أجل إعادة النظر فيه بواسطة سلطة التعديل و التصحيح أو الإلغاء مما يجعله أكثر شرعية وملائمة وعدالة [3].

أي بعد مخاصمة الإدارة يوجه لها هذا التظلم المسبق إلى الجهات الإدارية المعنية المختصة سواء كان ولائي أو رئاسي ومن أهدافه إعطاء الفرصة للإدارة لتراجع نفسها عسى أن تتوصل إلى حل دون اللجوء للقضاء[4].

وبهذا يعمل الطعن الإداري على تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية، خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء[5]. أو بمعنى آخر هو وسيلة تمكن من إطلاع

---

[1] – عاطف محمود البنا ، الوسيط في القضاء الإداري ، شركة مطابع الطويجي التجارية ، القاهرة ، ط 02 ، 1998 ، ص 331 .

[2] – مُحَمَّد وليد العبادي ، القضاء الإداري ،.ج01 ، الوراق للنشر و التوزيع ، عمان ، ط 01 ، 2008 ، ص 377 .

[3] – فاطمة بن سنوسي ، دور التظلم الإداري في حل النزاعات الإدارية في القانون الجزائري ، دار مدني ، 2003 . ص 11.

[4] – فاطمة بن سنوسي ، مبدأ وجوب التظلم الإداري السابق كشرط من شروط رفع دعوى الإلغاء ، مجلة إدارة ، الجزائر ، ع 02 ، 1996 ، ص 33.

[5] – لوصيف نوال، فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون المؤسسات السياسية والإدارية ، كلية الحقوق جامعة منتوري ، قسنطينة ،2006-2007 ، ص 15 .

السلطات العليا للإدارة التي أبرم معها المتعامل المتعاقد الصفقة بوقوع خلاف على مستوى أدنى .[1]

وهناك جانب آخر رأى على أنّه إجراء موجه إلى مؤسسة إدارية نشيطة و ينظر إلى الأعمال الإدارية وفقا لاختصاصات إدارية و هذا التظلم يفترض وجود نزاع قائم بين الإدارة و شخص ما أو بين مؤسستين إداريتين [2].

الفرع الثاني : حكم الطعن الإداري

لقد تناول كل من قانون الإجراءات المدنية السابق وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي الطعن الإداري ، وكذا التشريعات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية ذلك ما يقتضي منا الوقوف على حكمه طبقا للقواعد العامة. ثم حكمه طبقا لتنظيمات الصفقات العمومية.

أولا– حكم الطعن الإداري طبقا للقواعد العامة

لمعرفة حكم الطعن الإداري طبقا للقواعد العامة، كان لابد من مراجعته قبل[3] و بعد القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري2008 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية [4] كما يأتي:

[1] _ عبد الله حداد ، صفقات الأشغال العمومية و دورها في التنمية ، كلية الحقوق أكدال ، الرباط ، منشورات عكاظ ، د.ذ.س ، ص 211.

2 -Jean Marie Auby ;les recours contre les actes administratifs dans les pays de la communauté économique européanne, L .G .D.J ; 1984. P 215 .

[3] – أي في ظل القانون رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن الإجراءات المدنية (الملغى) .

[4] – ج.ر.ج.ج ، ع 21 الصادرة في 23 أبريل 2008 م.

1- حكم الطعن الإداري في ظل القانون رقم 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية (الملغى)

لقد شهدت سنة 1990 ميلاد القانون رقم 90-23 المؤرخ في 18 أوت 1990 المتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية [1] الذي مثل إصلاحا للإجراءات المتّبعة أمام القضاء الإداري، من ذلك دعانا هذا الموقف القانوني الجديد لجعله معيارا للتمييز ما بين المرحلة السابقة عنه والمرحلة الاحقة كما يلي :

أ- مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 23/90 المتضمن تعديل القانون رقم 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية

عرفت هذه المرحلة إلزامية التظلم الإداري في جميع دعاوى القضاء الإداري إذ قضت القاعدة آنذاك في المواد الإدارية بعدم جواز اللجوء إلى القضاء إلا بعد تقديم طلب والذي يمثل احتجاجا أو شكوى يلتمس فيها الطاعن من الإدارة أن تراجع نفسها عن التصرف القانوني الصادر عنها مباشرة وإلاّ رفضت الدعوى لعدم سابقة التظلم، كما يكون على الإدارة وفي المقابل أن تحدد موقفها من ذلك سواء بالشكل الصريح أو الضمني أي التزام الصمت وعدم الجواب أو الرد على هذا التظلم لمدة تزيد عن03 أشهر[2].

وهذا ما كان فعلا مترجما في نص المادة 169 مكرر من ق. إ.م والتي نصت علي ما يلي:

---

[1]- ج.ر.ج.ج ، ع36 الصادرة في 22 أوت 1990 ، ص 1149 .

[2]- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الهيئات والإجراءات ،ج01 ، د.م.ج ، 2009 ،ص331.

"لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري ، و لا يقبل هذا الطعن إلا إذا سبقه طعن عن طريق التدرج الرئاسي ليرفع أمام السلطة التي تعلو من أصدر القرار مباشرة أو طعن ولائي إلى من أصدر القرار .

و يجب أن يرفع الطعن المشار إليه خلال شهرين التابعين لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره .

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

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

ولا يجوز لأحكام هذه المادة أن تخالف النصوص التي تقرر مواعيد خاصة ذات مدة أخرى ويجب أن ينص في تبليغ القرار على المواعيد التي تقل مدتها عن شهر تحت طائلة البطلان ويجب إثبات تاريخ إيداع الشكوى أو الطعن الإداري بكافة الطرق وذلك بعريضة الطعن".

وذات الإجراء أكّدت عليه المادة 275 من ذات القانون بنصها:" 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".

في ذات السياق أشارت المادة 282 من ذات القانون والتي جاء فيها ما يلي "يجب أن يرفق بالعريضة إما قرار رفض الطعن الإداري الذي سبق الطعن أو المستند المثبت إيداع الطعن".

و بدوره كان للقضاء الجزائري موقفا من المسألة ، حيث انتهت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى إلى عدم قبول الدعوى في القضية الإدارية المسجلة تحت رقم 1203 في قرارها الصادر بتاريخ 16 يناير 1974 والمتعلقة بنزع والي ولاية الجزائر لأرض يمتلكها المدعي نظرا لعدم إتباع الإجراءات الصريحة والصحيحة للتظلم الإداري (التدرجي) قبل رفع الدعوى[1] .

ذلك ما أكّد عليه الأستاذ أحمد محيو أيضا بقوله أنّ: " المراجعة الإدارية المسبقة تشكل عنصرا من عناصر الإجراءات الإدارية القضائية التي تستهدف حل النزاع دون تدخل القاضي، ولا يتمّ تحريكها إلاّ بعد فشل تلك المراجعة الإدارية [2] .

وبهذا يكون التظلم الإداري شرطا أساسيا لقبول الدعوى المطروحة أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وأمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، كما أنّ القاعدة السارية إبّان هذه المرحلة تقضي بأنّ التظلم الإداري من النظام العام فهو إذن إجباري . وهذا ما انعكس على نتائج القاضي والمتقاضي في الخصومة الإدارية [3]، على أساس إمكانية إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى من قبل المدعي كما يمكن للقاضي إثارته تلقائيا .

---

[1]- أشارت إليه فاطمة بن سنوسي، دور التظلم الإداري في حل النزاعات الإدارية في القانون الجزائري ،دار مدني ، 2003 ، ص12 .

[2]- أحمد محيو ، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد ، د.م.ج ، الجزائر، 1992 ، ص 78 .

[3]- المرجع نفسه ، ص104

ب- مرحلة ما بعد صدور قانون 23/90 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية رقم 66-154

تميّزت هذه المرحلة بإحداث إصلاحات إجرائية كان لها الأثر على إجراء التظلم الإداري، من خلال تغيير مضمون المادة 169 مكرر حيث نصت المادة 169 ثالثا على ما يلي: "لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلاّ بتطبيق الطعن في القرار الإداري.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه في خلال 04أشهر التابعة لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره ".

وبهذا تميزت هذه المرحلة بعدم إلغاء التظلم بصورة مطلقة على أساس أنّه لم يرد في القانون رقم 23/90 أي إشارة لإلغاء صريح للتظلم الإداري في القوانين الخاصة، بل تمّ التخلي عنه فقط بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية المحلية والجهوية، وأبقى عليه في الدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ابتداء وانتهاء كما ظل التظلم في هذه المرحلة شرطا لقبول دعاوى المنازعات الخاصة لأن النصوص الخاصة بها هي التي تنص عليه[1] .

وسعيا لتخفيف العبء على المتقاضين وتبسيط إجراءات الدعوى الإدارية التي يشكل التظلم أحد أهم مظاهر التعقيد فيها [2]، حلّت محله مرحلة المصالحة بين السلطة الإدارية ورافع

[1]- مسعود شيهوب ،المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الهيئات والإجراءات ،ج01، المرجع السابق ،ص234

[2]- عبدلي سهام ، دعوى القضاء الكامل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع الإدارة العامة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي ، 2008-2009 ،ص235.

الدعوى الإدارية أمام السلطة القضائية المختصة بالغرفة الإدارية بالمجلس القضائي المختص موضوعيا وإقليميا[1] .

وكأن المشرع بدأ يكسبه حلة جديدة أكثر نعومة إجرائيا .

ذلك ما يعكس تأثر مشرعنا بقرينه المشرع الفرنسي من خلال إحداثه لنظام الصلح كإجراء في المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة ، فالقانون رقم 86-14 المؤرخ في سنة 1986 ألزم قبل ممارسة أي دعوى باتخاذ إجراء مسبق وهو الطعن الإداري أو الصلح وذلك في المنازعات المتعلقة بالقضايا التعاقدية الخاصة بالدولة ، المجموعات المحلية ومؤسساتها العامة وكذلك المنازعات المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية للأشخاص العامة[2].

أما بالنسبة لمشرعنا لم يعد يعتبر التظلم الإداري شرطا من شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل إلاّ بنص تشريعي خاص[3].

و يجدر التنبيه إلى أنّ موقف القضاء لم يكن حاسما في تقديم الإجابة القطعية أحيانا إجراءا جوهريا ولا يجوز إثارته من الخصم على مستوى مرحلة الاستئناف لكونه حق يسقط بعدم إثارته أمام قاضي الدرجة الأولى ومن ذلك نذكر القرار الصادر عن الغرفة الإدارية

---

[1]- عمار عوابدي : دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري ،دار هومة ، الجزائر ،2007 ، ص62 .

[2]-(J M) AUBY (Rd)aider : traité de contentieux administratif, Tom 2,Paris ,3 édi, 1984 ,p411.

[3]- عبدلي سهام ، المرجع السابق ، ص84 .

بالمحكمة العليا بتاريخ 1992/04/26 في قضية (ج. ر. م) ضد الوالي والذي جاء فيه "ثم أنّه كان على الإدارة أن تقدم 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"[1] فالواضح من خلال حيثيات القرار أن التظلم الإداري لا يعتبر من النظام العام، طالما أن قاضي أول درجة لم يثره تلقائيا.

2- حكم الطعن الإداري طبقا للقانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية

إنّ الطابع الإلزامي للطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية القديم واعتباره من النظام العام كان مجرد امتياز ممنوح للإدارة، على أساس أنّه لم يكن يشجع الطاعنين على توجيه تظلماتهم أمامها[2]، ذلك ما دفع المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليه أن ينتهج موقفا مخالفا ومغايرا لما سبق، حيث قام بإلغاء أحكام قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة 1064 منه[3] .

---

[1]- قرار المحكمة العليا ،الغرفة الإدارية استئناف رقم 84736 المؤرخ في 1992/04/26 قضية (ج.ر.م) ضد الوالي ، نقلا عن مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الهيئات والإجراءات ،ج02 ،المرجع السابق ، ص364

[2]- خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 01، 2012-2013 ، ص15 .

[3]- نصت المادة 1064 من ق إ م إ على ما يلي : " تلغى ، بمجرد سريان مفعول هذا القانون ، أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المعدل و المتمم " .

ولمعرفة موقف المشرع الجزائري بشأن التظلم يكفي الرجوع لنص المادة 830 من ق إ م إ في فقرتها الأولى، حيث نصت 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(2) بمثابة قرار بالرفض، ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم .

وفي حالة سكوت الجهة الإدارية، يستفيد المتظلم من أجل شهرين (2)لتقديم طعنه القضائي، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل شهرين (2) المشار إليه من الفقرة أعلاه.

وفي حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل الشهرين(2) من تاريخ تبليغ الرفض.

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة ".

فالواضح من محتوى نص المادة أنّ التظلم أصبح أمرا جوازيا فيما يخص المنازعات الإدارية ، لاستعمال المشرع صراحة مصطلح: " يجوز ".

فسواء كانت المنازعة الإدارية عائدة لاختصاص المحاكم الإدارية أولاختصاص مجلس الدولة ابتداء وانتهاء، وسواء تعلقت بدعوى الإلغاء والتفسير والمشروعية أو بدعاوي القضاء الكامل ،وأنّ جعله مجرد إجراء جوازي للمدعي هو بمثابة تحريك للإصلاح الذي بدأ في سنة1990 [1].

[1]– خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص 15 .

وما يلمس أيضا عبر هذا التشريع الجديد أنّ التظلم الإداري لم يعد شرطا أساسيا وجوهريا لقبول الدعوى، ذلك ما يعني إعفاء المتقاضي منه[1]

وحتى لا يحرم المتقاضي من الجوانب الإيجابية للتظلم فإن المشرع نظم إجراءاته في الحالة التي يرى المتقاضي أن من مصلحته استفزاز الإدارة بتظلم لمعرفة موقفها ولإصلاح الأضرار أو للعدول عن موقفها، تحدد مهلة الرد وميعاد الدعوى إذ يقصر ميعاد الدعوى إلي النصف في حالة التظلم لأن ميعاد الدعوى هو 04 أشهر بينما في حالة التظلم يصبح الميعاد شهرين، كما أن الإصلاح الجديد سنة 2008 يتجاوز فكرة التظلم إلى فكرة الصلح في دعاوى القضاء الكامل فقط، وقد جعل هذا الأخير اختياريا وليس إلزاميا إذ يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يجوز له القيام به إذ رأى في ذلك ضرورة[2].

وعليه، نستحسن ما ذهب إليه المشرع بأخذه بجوازية الطعن الإداري و ذلك لعدم إرهاق المعني من التعقيدات التي غالبا ما يتسم بها التظلم خاصة إذا ما كان يستوجب تقديمه أمام ذات الجهة أو الجهة التي تعلوها أي جهل المعني إن كان رئاسيا أو ولائيا .

ثانيا– حكم الطعن الإداري طبقا لتشريعات الصفقات العمومية

إنّ المتتبع لحركة التشريع التي مرّ بها تنظيم الصفقات العمومية يلمس محاولتها الحثيثة لمعالجة أو إيجاد حلول سريعة لنزاعات الصفقات العمومية وخاصة فيما يتعلق بالنظام الحمائي

[1]– مسعود شيهوب، المرجع السابق ، ص، ص363-367

[2]– المرجع نفسه ، ص، ص341-342

الذي يحيط بالمتعامل المتعاقد فيما يخص الصراع المصلحي الذي قد يطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.

ذلك أنّ أغلب المنازعات المتعلقة بمرحلة التنفيذ كانت تجري في إطار إجراءات الطعن الإداري المنصوص عليه في دفتر الشروط الإدارية العامة وهو بطبيعة الحال الطريق الكلاسيكي والمتعلق بالقواعد العامة[1] .

حيث استحسن البعض تبني المشرع لمبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية خاصة في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، ولتتمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ [2] .

وعليه سيتم التطرق لحكمه طبقا للتشريعات التي تناولت تنظيم الصفقات العمومية قبل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وما بعده كما يلي :

[1]-Bergeal Catherine ,Lenica Fréderic ,contentieux des marchés public ,imprimerie nationale ,édi paris 2004, p 267

[2]- فاضلي سيد علي ، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية ، مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة ، ص02 .

1- الطعن الإداري قبل صدور المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

لمعرفة موقف المشرع الجزائري من إجراء الطعن الإداري قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ينبغي الرجوع للتشريعات المنظمة لها من خلال ما يأتي:

أ- الطعن الإداري في ظل الأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية

تميّزت هذه المرحلة من تشريع الصفقات العمومية بفرض إجبارية التسوية الودية وهذا ما أكدت عليه المادة 152 من الأمر 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية والتي تضمنت 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".

فمن خلال نص المادة المذكورة يتضح لنا الطابع الإلزامي للطعن الإداري باستعماله صيغة الوجوب قبل أن يتم رفع الدعوى القضائية.

وهذا ما أكدّته الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى من أجل المطالبة بالحقوق في مجال الصفقات العمومية في قرارها الصادر في 09 نوفمبر 1985 في قضية (ش. ذ. م. س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر و الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرّر قانونا أن عرض النزاعات التي

تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه النزاعات هو إجراء وجوبي قبل رفع الدعوى القضائية " [1].

وهو نفس الحل الذي قدمه القاضي في قراره الصادر بتاريخ 10 مارس 1990 في قضية صندوق الضمان الاجتماعي لولاية قالمة والسيدة (سعدة يونسي) والذي جاء فيه ".....حيث أن المادة 152 من الأمر 90/67 المؤرخ في 17جوان 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 الإجراء منصوص عليه في المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية إلاّ أنّه بالرغم من ذلك، كان القضاة يطبقون المادة 169 من ق. إ .ج. م عوضا من المادة 152 من الأمر 90/67، كما أنهم كثيرا ما نطقوا بقبول دعوى المتقاضي دون تأكدهم من استيفائه للمادة 152 "[2].

وعلى الرغم من أنّه يجب على إخطار الوزارة المستفيدة بالأشغال المتنازع عنها للالتماس منها بعقد اجتماع اللجنة الاستشارية الموجودة على مستوى الوزارة مباشرة وفي حالة صمت الوزير المكلف بالقطاع ينتظر المتعاقد المعني 03أشهر قبل مباشرة الدعوى القضائية، وإذا أجاب الوزير بقبوله اجتماع اللجنة الاستشارية هاته التي قد يرفض التظلم المرفوع من قبل

[1]- القرار رقم 43731 ، م ق ، ع 02، 1989 ،ص175 .

[2]- أشار إليه جنادي عبد الحميد ، مدى سلامة تطبيق القانون في مجال المنازعات الإدارية ، م ق ، ع خاص بملتقى قضاة الغرفة الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992 ،ص33

المتعامل المتعاقد وأيد قرارها. والذي يتم كله في ظرف 03 أشهر هنا يكون للمعني أي المتعامل المتعاقد حق رفع دعواه القضائية في أجل الشهر ابتداء من التبليغ بالرفض[1].

وعلى هذا الأساس يشكل الطعن أمام اللجنة الاستشارية الضمانة الحقيقية والجوهرية التي تعفي المتقاضي من إرسال طلب وطعن للوالي قبل رفع الدعوى[2].

ب- في ظل المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي

لقد أكّد المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي بموجب نص المادة 104على التسوية الودية للنزاعات التي تنشأ أثناء مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية منه التي تضمنت ما يلي: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار أحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل

يجب على المتعامل العمومي على أية حال، ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن يبحث عن حل ودي للخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ صفقاته كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

-إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل واحد من الطرفين،

- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة،

[1]- خلف الله كريمة : المرجع السابق ، ص 17 .

[2]- كمال عبد العزيز ، الإجراءات أمام المحاكم الإدارية، م ق ،ع خاص بملتقى قضاة الغرف الإدارية ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 1992 ، ص، ص23-24

– الحصول على أسرع تسوية نهائية بأقل ثمن".

من خلال أحكام المادة المذكورة نستوضح أنّ المشرع أخضع المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية للتسوية الودية عن طريق الطعن الإداري مع اعتماده صياغة الوجوب مما يفيد إلزامية إجرائها.

ج – في ظل المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

لقد نصت المادة 100 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنّه:" يترتب على الطعن السلمي الذي يرفعه المتعامل المتعاقد قبل كل مقاضاة وخلال خمس وستين(65) يوما ابتداء من رفعه الطعن، صدور مقرر من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب نوع الصفقات الواجب الالتزام بها في الصفقة.

ويكون هذا المقرر نافذا بصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم 91-314المؤرخ في 07سبتمبر1991 المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العمومين..."

كما نصت المادة 101 من نفس المرسوم على ما 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 أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي رفع القضية إليها.

يجب على طرفين النزاع أن يعربا كتابيا عن قبولهما الرأي الصادر في القضية أو عدم قبولهما له خلال مهلة شهر واحد.

وإذا اتفق الطرفان فإنّ الرأي الصادر يكون ملزما لهما وللمصالح المعنية"

وبهذا يكون المشرع قد ألزم المتعامل المتعاقد بتقديم طعنه أمام الإدارة الممثلة في الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة ، لتقوم هذه الأخيرة بتحويله إلى اللجنة المعنية لدراسته بموجب مقرّر وذلك في ظرف 65 يوما ابتداء من رفع الطعن إليها.

مع الإشارة إلى أن دور هذه اللجنة هو استشاري ويهدف إلى حل نزاعات الصفقات العمومية، حيث تقوم بالإعلان عن رأيها في أجل 03 أشهر من تاريخ تحويل الطعن إليها.

بالإضافة إلى أنّ الطعن الذي تناولته المادة 100 هو ذاته الطعن المقرر بالقواعد العامة، مع الاختلاف في الإجراءات بعد تحويله إلى اللجنة المعنية ليكون له طابعا خاصا في إطار قانون الصفقات العمومية، كما أن هذه المادة تتحدث عن الطعن السلمي أي التظلم الرئاسي لكنه في الحقيقة ليس كذلك، فهو أقرب إلى التظلم الولائي لأنّه يوجه للجنة تحت رئاسة ممثل الإدارة التي أبرمت الصفقة على مستوى إقليمها[1] .

[1]- لوصيف نوال ، المرجع السابق ، ص ص107 – 108.

ومن تطبيقات القضاء الإداري الجزائري ما ذهب إليه مجلس الدولة بإصداره قرارا بتاريخ 1999/12/6 في القضية المنشورة بين السيد وزير العدل و(ت م) رئيس كتابة الضبط لدى محكمة تيزي وزو والتي قضى فيه بعدم قبول الطعن شكلا لأن (ت.م) لم يقم بالطعن الإداري قبل اللجوء إلى القضاء عملا للمادة 275 من ق.إ..م.إ[1] .

باعتبار أن الطعن الإداري كان يعد شرطا شكليا لقبول الدعوى الإدارية.

وفي سياق حديثنا عن الطعن الإداري وكيف يتم تحويله من الجهة المقدم إليها إلى اللجنة المختصة، يثار الإشكال بخصوص حالة عدم تلقي الطاعن إشعارا بتحويل طعنه إلى اللجنة المختصة، كيف يمكنه حساب الأجل المقرّر لرفع دعواه؟

كإجابة على الإشكال المثار يرى الأستاذ مسعود شيهوب أنّه بانقضاء مهلة 65 يوما يبدأ الميعاد العام للدعوى وهو 04 أشهر في السريان، أما في حالة تبليغه قرارات تحويل التظلم إلى اللجنة المعنية أن ينتظر أكثر من 5أشهر في المجموع[2] .

د- الطعن الإداري في ظل المرسوم 250/02المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

جاءت المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمنظمة لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية وكذا تسويتها

[1]- قرار مجلس الدولة (الغرفة الثانية) رقم 960 نقلا عن طاهري حسين :شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية ، الجزائر، 2005 ،ص ،ص 23-24 .

[2]- لوصيف نوال، المرجع السابق، ص107 .

عن طريق التظلم الإداري والمتضمنة ما يلي: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل....

كما تضمنت الفقرة الخامسة من المادة ذاتها الإشارة لإجراء الطعن بنصها على ما يلي: " يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال الثلاثين(30) يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية".

فمن بين الملاحظات التي تم تسجيلها، الطابع الاختياري للطعن الإداري لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية من خلال استعمال مصطلح "يمكن " إلى جانب الغموض الذي يكتنف النص لعدم تحديده الجهة القضائية المختصة[1].

بالإضافة إلى أنّه لم يأت واضحا تقرير نوع المنازعة إن كانت قبل الإبرام أو أثناءه أو حتى منازعة تنفيذ الصفقة .

بيد أن موقف القضاء الجزائري من الطعن الإداري خلال هذه الفترة لم يكن مستقرا إذ اعتبر الطعن أمام اللجنة المختصة إجراءا جوهريا يتوقف عليه قبول الدعوى شكلا في قراره الصادر بتاريخ 2004/06/15 (قضية بغدادي ضد مدير التربية لولاية بشار[2] .

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2011 ، ص220 -221

[2]- قرار مجلس الدولة رقم 012585 فهرس 344 المؤرخ في 2004/06/15 قضية بغدادي ضد مدير التربية لولاية بشار غير منشور،نقلا عن عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص320

في حين أنّه تراجع عن موقفه في قراره الصادر بتاريخ 2005/06/07 حيث صرّح بما يلي:"أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 في 2002/07/24 ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائيا تقديم الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقا للأحكام المادة الجديدة 102، وكأنّه مجرد طريق اختياري وليس إلزامي، وأنّه ما دام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية فهي ذات تطبيق فوري وإن عدم تقديمه أمام اللجنة الاستشارية لا يشكل خرقا لقاعدة جوهرية"[1] .

هـ- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

رجوعا للمرسوم الرئاسي رقم 08-338 ، أبقت المادة 18 المعدلة للمادة 102 على جوازية الطعن الإداري في مرحلة تنفيذ الصفقة أمام لجان الصفقات الوطنية المختصة، وتمّ إحداث تغيير فقط بخصوص العبارة في الفقرة الخامسة من المادة 102 حيث تم حذف عبارة :"وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية" من نهاية الفقرة لتصبح الصياغة كالتالي: " يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال الثلاثين(30) يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن "

[1]- قرار مجلس الدولة رقم 73211 فهرس رقم 705 المؤرخ في 2005/06/07 قضية المجلس الشعبي البلدي ضد (ط.ق) غير منشور، نقلا عن خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص 23 .

فالواضح أنّ التعديل الوارد أبقى على جوازية إجراء الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية ولم يتم تغييره.

و- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تعديل تنظيم الصفقات العمومية

بصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تم إلغاء أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المادة 179 منه حيث نظم هو الأخر منازعات الصفقات العمومية وقام بتصنيفها إلى منازعات تطرأ على إبرام الصفقات العمومية والمنازعات التي يمكن أن تطرأ أثناء تنفيذها .

وللبحث عن حكم الطعن الإداري خلال المرسوم المذكور، نشير إلى أن المادة 115 منه تناولت الطعن الإداري حيث أبقت على ذات الأحكام الواردة بالمادة 102 من المرسوم 02-250 السابق حيث ظل يتميز بالطابع الاختياري.

ز- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تعديل تنظيم الصفقات العمومية

للإشارة، سرعان ما تمّ تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، حيث أشارت المادة 115 منه ضمن فقرتها الخامسة على إمكانية رفع المتعامل المتعاقد الطعن قبل اللجوء للقضاء بنصها:" يمكن المتعامل المتعاقد أن

يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة ، أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات العمومية التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن ...".

وبهذا يظهر لنا باستقراء أحكام المادة أن المشرع أبقى على جوازية إجراء الطعن الإداري، مما ينجم عنه من الناحية الإجرائية قبول الدعوى شكلا في حالة غيابه لكونه ليس شرطا لقبولها، غير أنّه يقتضي الأمر إذا ما تمّ اللجوء إليه مراعاة الشروط والإجراءات والمواعيد المحددة قانونا [1].

2- الطعن الإداري بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

لقد كرّس المشرع بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بما يعرف بالمصالحة كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية من خلال أحكام الفقرة الأولى من المادة 153 والتي تضمنت ما يلي:

"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها...."

[1]- خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص 27 .

كما أشارت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها إلى ما يلي : " **يجب** على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا ، **قبل كل مقاضاة أمام العدالة** ".

ومنه يكون إجراء التظلم إجباريا أمام اللجنة المختصة بصريح نص المادة المشار إليها باستعمالها صياغة الإلزام بالقيام باللجوء للتسوية قبل طرح النزاع أمام القضاء.

وبناءا على ما تقدم ، نستحسن ما أخذ به المشرع برجوعه عن موقفه المبني على جوازية الطعن الإداري بإقراره إلزاميته، حيث يمكن أن ينحل النزاع الناتج أثناء تنفيذ الصفقة عن طريق اللجان بحكم درايتها بهذا المجال مما يساعد على تخفيف العبء عن القضاء.

المطلب الثاني : اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري

في سبيل حماية المال العام والحفاظ على التوازنات الاقتصادية والاجتماعية كان لا بد من وجود لجان يعهد إليها مهمة الرقابة، إذ يفرض عقد الصفقة العمومية وجود عدة رقابات عن طريق لجان [1]، حيث يعتبر أسلوب الإدارة باللجان من أنجع الأساليب التي تتبعها التنظيمات المختلفة في تسير أعمالها.

[1] -Lajoyé Christophe ,droit des marchés public, copy right Gualino : édi E.J.A paris 2005, p137

وللإحاطة بدور اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري في مجال تنفيذ الصفقات العمومية، كان جلّيا بنا تحديدها (الفرع الأول) ثم تحديد الضوابط القانونية التي تحكمها وكذا الإجراءات المتبعة أمامها (الفرع الثاني) كما يأتي شرحه:

الفرع الأول : تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري

سيتم تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري في المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتحديدها في ظله كما يلي:

أولا- اللجان قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

نظرا لكون لا يسع المقام لذكر تشكيلة جل اللجان عبر التنظيمات التي عرفتها الصفقات العمومية قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لذلك سنكتفي بذكر ما ورد بالمرسوم المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل، حيث تحددت اللجان المختصة بتسوية نزاعات الصفقات العمومية والمتعلقة بالتنفيذ وديا في اللجنة الوطنية للصفقات العمومية واللجنة القطاعية كما يأتي شرحه :

1 – اللجان القطاعية للصفقات العمومية

لقد تمّ الترخيص بموجب بيان عن المجلس الوزراء المنعقد في 18 ديسمبر 2011 بأن يحق لكل قطاع وزاري إنشاء اللجنة الخاصة به، إذ تَضم إضافة إلى ممثلين عن قطاعات أخرى ممثلين وبالخصوص عن قطاع المالية ، تخضع هذه اللجان تمام الخضوع للتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية وستكون مداولاتها قابلة للرقابة البعدية من قبل مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية[1].

حيث أشار المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 142 مكرر والمحدثة بالمادة 17 منه بقولها :"يمكن كل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 148 مكرر أدناه.

تنصب اللجنة القطاعية للصفقات بموجب قرار من الوزير المعني

يكون تنصيب اللجنة القطاعية للصفقات مانعا لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات .

كما أكّدت ذلك المادة 5/115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدّلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 المشار إليه بنصها : " تعدّل وتتم أحكام المواد 115..... .... كما يأتي:"يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المختصة التي تصدر مقررا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداءا من تاريخ إيداع الطعن "

[1]– بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 2011/12/18 المنشور على الموقع الالكتروني www.premierministe.gov.dz

- وبشأن تشكيلها أشارت المادة 152 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236 المحدثة بالمادة 21 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية من

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

حيث يتولى رئاسة هذه اللجنة في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم نواب الرؤساء وفقا لما ورد بالمادة 152 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم حتى لا يتأخر عقد اجتماعاتها.

وبشأن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية ومستخلفيهم ، ذكرت المادة 153 من المرسوم ذاته أنّه يتم التعيين فيها بموجب قرار صادر من طرف الوزير المعني، ذلك بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته ويختارون لذلك نظرا لكفاءتهم .

وباستثناء رئيس اللجنة و نائبه يتم تعيين أعضاء هذه اللجنة ومستخلفوهم من قبل إداراتهم وبأسمائهم بهذه الصفة لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد طبقا للمادة 3/153 من المرسوم ذاته.

وللإشارة أجاز المشرع بموجب المادة 154 من المرسوم المشار إليه حضور ممثل المصلحة المتعاقدة اجتماعات اللجنة بانتظام وبصوت استشاري، ويكلف بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها.

2- اللجان الوطنية للصفقات العمومية

كما تمّت الإشارة إليه آنفا أنّ أول تشريع تناول تنظيم الصفقات العمومية بالجزائر كان الأمر90/67 ، غير أنّ الرقابة على الصفقات العمومية الوطنية كانت مجسدة في اللجنة المركزية للصفقات العمومية المنشأة بموجب المرسوم 64-103 المؤرخ في 1964/03/26 وكذلك الصندوق الجزائري للتنمية أي قبل صدور الأمر حيث كان رأيها استشاريا فقط حتى في ظل هذا الأمر وكذا نصوص المواد 4و5 من القرار المنظم للنظام الداخلي للجنة المركزية للصفقات[1] .

وتواصلت عمليات تنظيم هذه اللجنة عبر تعديلات متعاقبة وصولا إلى المرسوم الرئاسي 12-23، حيث بناءا على أحكام المادة 142 من منه تتمثل اللجان الوطنية للصفقات كما يلي :

أ -اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

وتتكون وفقا للمادة 149 من المرسوم ذاته من:

- وزير المالية أو ممثله رئيسا ،

[1]- قرار وزير التجارة مؤرخ في 11نوفمبر 1974 ، ج.ر.ج.ج ، ع 25 الصادرة بتاريخ 21مارس 1975 ، ص ،ص314-316.

- ممثل وزير المالية نائبا له ،
- ممثل وزير الدفاع الوطني ،
- ممثل وزير الداخلية و الجماعات المحلية ،
- ممثل وزير الشؤون الخارجية ،
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية و المديرية العامة للمحاسبة)، – ممثل وزير العدل ،
- ممثل وزير الموارد المائية ،
- ممثل وزير النقل ،
- ممثل وزير الأشغال العمومية ،
- ممثل وزير التجارة ،
- ممثل وزير السكن والعمران ،
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة و المتوسطة وترقية الاستثمار ،
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة

وفي حالة ما إذا تمّ إدماج دوائر وزارية ، يعيّن الوزير المعني ممثلا واحدا.

ب – **اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم :**

طبقا لما ورد بالمادة 150 من المرسوم المشار إليه من:

- وزير المالية أو ممثله رئيسا

- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية) نائب الرئيس
- ممثل وزير الدفاع الوطني
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية
- ممثل وزير الخارجية
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
- ممثل وزير التربية الوطنية
- ممثل وزير العدل
- ممثل وزير التجارة
- ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار
- ممثل الوزير الوصي من المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.

وفي حالة ما إن تم إدماج دوائر وزارية يعين الوزير المعني ممثلا واحدا

ج- **اللجنة الوطنية لصفقة الدراسات والخدمات** :

و تتكون طبقا لما أشارت إليه المادة 151 من المرسوم ذاته من:

- وزير المالية أو ممثله رئيسا
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية) نائبا للرئيس

- ممثل وزير الدفاع الوطني
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية
- ممثل وزير الشؤون الداخلية
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
- ممثل وزير الموارد المائية
- ممثل وزير النقل
- ممثل وزير الأشغال العمومية
- ممثل وزير التجارة
- ممثل وزير السكن والعمران
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار
- ممثل الوزير الوطني من المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.

وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية يعين الوزير المعني ممثلا واحد.

ثانيا– تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

نشير إلى أنّه في إطار الإصلاحات التي باشرتها الدولة والهادفة إلى عقلنة وترشيد النفقات وحماية المال العام في ظل تراجع المداخيل المالية للخزينة العمومية بسبب انخفاض أسعار النفط في الأسواق العالمية إلى جانب تسهيل إبرام عقود الصفقات تمّ صدور المرسوم

247-15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث ألغى نهائيا نظام اللجان الوطنية الذي كان قائما في السابق واستبدله باللجان الجهوية مع الإبقاء على اللجان القطاعية[1] والولائية والبلدية للصفقات العمومية.

فضلا عن اللجان التابعة للمصالح المتعاقدة من أجل التخفيف من تركيز الرقابة الذي كان على مستوى اللجان الوطنية[2].

كما تمّ الإعلان عن إحداث هيئة وطنية مستقلة تحت عنوان سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي [3] تتولى مهام متعددة من أهمها إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، تصدر هذه السلطة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية

---

[1]- ملخص الأحكام الجديدة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 1-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مقارنة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم دراسة مقارنة بمناسبة اليوم الدراسي حول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المنعقد بتاريخ 10-02-2016 لفائدة مسيري الجماعات المحلية لولاية بومرداس .

و كنموذج عن اللجان القطاعية يراجع القرار المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1437 الموافق 18 فبراير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة ، ج.ر.ج.ج . ع 20 الصادرة في 30 مارس 2016 ، ص34 ، الملحق رقم 01 ، ص 228 .القرار المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1437 الموافق 26 يناير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الصناعة والمناجم ، ج.ر.ج.ج ، ع 13 الصادرة في 2 مارس 2016 ، الملحق رقم 02 ص 230 .

1-خضري حمزة ، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة ، ص 03 .

[3]- حيث نصت المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي : " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي و هيئة وطنية لتسوية النزاعات..."

الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين كما تتولى أيضا إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية.

وطبقا للمادة 153 من المرسوم 15-247 والتي تضمنت ما يلي:

"....وفي حالة عدم إيقاف الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة والمنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة...."

ليس هذا فحسب، بل فرض المشرع على هذه اللجنة التي ستتولى أمر بحث هذه التظلمات أن تكون لها علاقة بالقانون ووقائعه من أجل إيجاد حل ودي ومنصف فيما يخص التوازنات المالية للطرفين والسرعة في إيجاد هذه الحلول وبأقل التكاليف والتي يكون دائما في إطار تنفيذ الصفقات العمومية.

وبالتالي يزداد التأكيد الصريح والفعلي على الفصل بين المنازعات المتعلقة بالإبرام والمنازعات المتعلقة بالتنفيذ

وفي إطار الحديث عن تشكيل اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري نميّز ما بين اللجان المركزية واللجان الولائية المحلية كما يلي:

1 - تشكيل اللجنة المركزية

وفقا لما ورد بالمادة 154 ن تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية لجنة تتولى تسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين اقتصاديين جزائريين تتشكل من:

- ممثل عن وزير أو مسؤول الهيئة العمومية رئيسا
- ممثل المصلحة المتعاقدة
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع
- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة

2 – تشكيل اللجنة المحلية الولائية

من أهم التعديلات التي طرأت على قانون الصفقات العمومية تبني المشرع التسوية الودية على المستوى المحلي بنصها ضمن المادة 154 على أن تنشأ لدى كل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ صفقات المبرمة مع متعاملين الاقتصاديين الجزائريين تتشكل من :

- ممثل عن الوالي رئيسا
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف

أما فيما يخص صلاحياتها فقد نص المشرع على أن تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة[1]

ولضمان فعالية عمل اللجان أجاز المشرع إمكانية استعانة رئيس اللجنة بذوي الكفاءة عن طريق الاستشارة لتوضيح أشغال اللجنة[2].

فالواضح من خلال استحداث لجان محلية أنّها ستعطي ثمارها وتحقق هدفها المتمثل في ترشيد المال العام.

الفرع الثاني : الضوابط القانونية التي تحكم اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري والإجراءات المتبعة أمامها

كما تمت الإشارة سابقا إلى أنّه لا يسع المقام للتعرض لجل اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري للمنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية من حيث الضوابط القانونية التي تحكمها وكذا الإجراءات المتبعة أمامها ، لذلك نقتصر على ما ورد بالمرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

[1]- للتوضيح يراجع النموذج المتضمن إنشاء لجنة ولائية للتسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية لولاية معسكر ، الملحق رقم03 ،ص232 .

[2]- وفقا لما نصت عليه المادة 154 /7 من المرسوم الرئاسي 15-/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

أولا– الضوابط القانونية التي تحكم اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري

تتنوع الضوابط القانونية التي تحكم لجان التسوية الودية ما بين الضوابط التي تتعلق بالعضوية ضمن اللجان والضوابط الموضوعية الخاصة بعملها كما يلي:

1– الضوابط الخاصة بالعضوية ضمن اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري

لقد تناولت المادة 06/153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الشروط التي يقتضي مراعاتها والتي تتعلق بالعضوية ضمن اللجان بعدم سماحها لمن يكون قد شارك في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة أن يكون عضوا فيها بنصها صراحة: " يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة ".

فباستقراء نص المادة نجد أن المشرع استعمل صيغة الوجوب مما يفيد الإلزام إذ الأكيد أن الغاية التي توخاها الحفاظ على مبدأ الحياد في إجراء التسوية الودية و إنجاح عمل اللجنة الناظرة في الطعن الإداري لبعث الثقة في الحل المتوصل إليه للنزاع المعروض عليها .

2– الضوابط الموضوعية لعمل اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري

تتمثل الشروط الموضوعية التي تحكم عمل اللجان الناظرة في الطعن الإداري وفقا للفقرة الخامسة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كالآتي :

أ– بحث اللجنة العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع

تكريسا لمبدأ المشروعية وسموه ،على اللجنة أثناء محاولتها لإجراء التسوية الودية ما بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد مراعاة التشريعات والتنظيمات السارية المفعول، حيث يقع باطلا كل خرق لها، ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطراف الصفقة، كما يجب عليها بحث العناصر المتعلقة بالوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات المطروحة والناتجة عن تنفيذ الصفقة.

فعلى الإدارة المعنية أي المتعاقدة احترام التشريع و التنظيم المعمول به و العمل على عدم مخالفته ، فكل اتفاق يتخالف أو يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا و لا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه [1] .

ب – الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين

قد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر مما يخل بالاتفاق الوارد، وعليه يجب على اللجنة في بحثها المساعي الودية أن تحرص على إيجاد ذاك التوازن في التكاليف خاصة بالنسبة للمتعامل المتعاقد لكي لا يكون مرهقا له.

ج– التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة

ألحّ المشرع ضمن المادة المذكورة على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، حيث كلّما تمّ التوصل إلى حل ودي و ضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة [1].

1 - شقطمي سهام ، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في العمومية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة باجي مختار ، عنابة 2010-2011 ، ص 113 .

د- 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 المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحدّدة في العقد[2] .

ثانيا- الإجراءات المتبعة أمام اللجان الناظرة في الطعن الإداري

باعتبار أنّ غاية الرقابة الخارجية للصفقات العمومية هي التحقيق من مدى مطابقتها للتشريع المعمول به وكذا التنظيم[3] ، مما ينعكس أثره على حماية المتعامل المتعاقد .

وعليه يجب إتباع جملة من الخطوات في سبيل تحقيق الغاية المرجوة ، فمباشرة التسوية الودية من قبل اللجان المذكورة لا يتم بصورة تلقائية ما لم يتم إخطارها من قبل المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في حالة ظهور أي إشكال يتعلق بتنفيذ الصفقة العمومية بغية الوصول إلى حل ودي أمامها، إذ ينبغي عليه مراعاة الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن بمعنى الشكل الذي يتطلبه،كما يجب أن يرفع تظلمه في قالب مكتوب بأن يحتوي على عرض محدد للوقائع

---

[1]- عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 325 .

[2]- عمار بوضياف ، نفس المرجع، ص 325 .

[3]- نصت المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على ما يلي : " تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم ، و في إطار العمل الحكومي في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الفصل للتشريع و التنظيم المعمول بهما ، وترمي الرقابة الخارجية أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية ...".

والأحداث مع تحديد النصوص القانونية التي يستند عليها في تحديد طلباته ،والإشارة إلى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم استجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ سواء بتعويض الأضرار أو بالتراجع عن القرار المتظلم منه[1].

وفيما يخص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يخضع ميعاد رفع التظلم الإداري أمام لجنة الصفقات المختصة للقواعد العامة أي 04 أشهر لأن النص لم يخصه بميعاد محدد في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية المذكورة آنفا .

ويفهم من ذلك أنّه يكفي أن يقدم الطعن بعد صدور القرار وقبل رفع الدعوى بل يجب أن يكون مقدما في الميعاد القانوني أيضا.

ولقبول الطعن يشترط على الطاعن أن يقدم طعنه إلى الجهة الإدارية المختصة أي السلطة الإدارية التي تتمتع بصلاحيات اتخاذ القرار المطلوب منها، وبالتالي فإن الطعن أو التظلم الإداري المرفوع أمام الجهة إدارية غير مختصة لا يؤخذ بعين الاعتبار[2] .

كما نصت المادة 830 فقرة 5من ق. إ.م.إ على أنه :"يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفع مع العريضة، حيث يقع عبئ الإثبات على المتظلم طبقا لقاعدة: " البيّنة على من ادعى" . ويكون الإثبات سهلا خاصة في حالة الرد الصريح من

[1]- عبدلي سهام : المرجع السابق ،ص90 .

[2]- زيدان علي الدين ، السيد مُحَّد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، إجراءات رفع الدعوى الإدارية، المجلد 2 ، المكتب الفني للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2005 ،ص29 .

الإدارة (القرار الإداري السابق)أما في حالة سكوت الإدارة عن التظلم يمكن للمتظلم إثبات وجود هذا الشرط بتقديم الوصل البريدي[1] .

وللإشارة فقد نصت المادة 155 من المرسوم الرئاسي ذاته على تقديم الشاكي تقريرا مفصلا إلى أمانة اللجنة مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام.

وعلى إثره يقوم رئيس اللجنة بدعوة الجهة الشاكية برسالة موصى عليها مع وصل استلام لإبداء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصي عليها أيضا مع وصل استلام في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلتها.

كما حددت المادة ذاتها في فقرتها الرابعة أجلا أقصاه ثلاثون يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم لإبداء اللجنة رأيها حول النزاع على أن يكون معللا.

ولنجاح عملها سمح المشرع للجنة أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغها كل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها.

وفي ختام العملية تؤخذ أراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا على أن يتم تبليغه لطرفي النزاع بإرسال موصي عليه مع وصل استلام وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

[1]– خلوفي رشيد : قانون المنازعات الإدارية ، شروط قبول الدعوى ، د.م.ج،الجزائر، ط02 ، 2005 ، ص111

وعلى إثره تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك.

غير أن التساؤل يثار حول مدى حجية الرأي الصادر عن اللجنة المختصة بنظر الطعن الإداري؟

لقد أشارت المادة 115 من المرسوم 10-236 السابق صراحة إلى اجتماع اللجنة الوطنية للصفقات المختصة عند اتصالها بالطعن المرفوع أمامها، وإصدارها فيه مقررا، إذ ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بالتنفيذ بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة، بقولها "يسري هذا **المقرر** على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية..." .

مما يترتب عنه التقيد بالنتيجة التي وصلت إليها اللجان الوطنية، وهو ما يضفي على قرارها حجية النفاذ اتجاه الإدارات المعنية ، وهذا أمر طبيعي بحكم موقعها وطاقمها البشري ورئاستها وبحكم مهامها المتنوعة خاصة في مجال الرقابة فلا غرابة أن يكون قرارها ملزما لجميع الإدارات[1].

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص328

وإن كان يرى البعض أنّه عمليا أن المقرر الصادر عن اللجان يمكن للمصلحة المتعاقدة عدم الأخذ به ، وما يبرر ذلك هو أنّه لو كان هذا المقرر ملزما فكيف يلجأ المتعامل المتعاقد إلى العدالة[1].

غير أنّنا التمسنا غموضا بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إذ لم يبيّن المشرع موقفه عن ما يصدر عن اللجنة إن كان مقررا أو رأيا ، و ما مدى إلزامية الأخذ به؟

و بإجراء الطعن الإداري أمام اللجان المختصة بنظره نكون أمام حالتين :

الحالة الأولى:

وتتمثل في استجابة المصلحة المتعاقدة لمطالب المتعامل المتعاقد معها و بالتالي تظهر فائدة الطعن الإداري في حل النزاع وتجنب عرضه أمام القضاء ، ذلك ما يعمل على تخفيف الملفات المتضمنة النزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية .

الحالة الثانية :

[1]- طيبون حكيم، دور لجان الصفقات العمومية المختصة في التسوية الودية للنزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية ، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، يوم 20 ماي 2013 ، ص03 .

وتتمثل في حالة عدم التزام المصلحة المتعاقدة بما قرّرته اللجنة بشأن النزاع المعروض عليها، وعليه يكون للمتعامل المتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء للمطالبة بحقوقه.

و على العموم ، ما يعزّز مكانة الطعن الإداري أنّه يؤدي إلى نتائج لا يمكن الوصول إليها فيما لو أريد اللجوء إلى القضاء ، ذلك أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية في الأعم الغالب أما الإدارة فإنّها تستطيع أن تعدّل القرار أو تلغيه ، وهي إذ تفعل ذلك فليس بالضرورة ألاّ يكون القرار مشروعا.

المبحث الثاني: التحكيم آلية ودية بديلة لحل نزاعات الصفقات العمومية

نتيجة لتنامي مد العولمة وتأثيره الشديد على مقتضيات التنمية اعتمد التحكيم في العلاقات التعاقدية بين الدولة وهيئاتها العامة، وبين مختلف المتعاملين المتعاقدين الأجانب، حيث يفضل كل طرف عدم الخضوع لقانون الطرف الأخر لاسيما مع اجتياح فلسفة العولمة للمادة القانونية.

حتى تبقى رغبة المتعاقدين في استقرار مع استمرار التعامل بينهم بطريقة ودية رغم وجود المنازعات المراد حسمها بعيدا عن قوة الخصومات القضائية، وأما ثقل النفقات المالية و باعتبار بعض هذه الصفقات تحتوي على معلومات سرية وتقنية علمية وتكنولوجية كان لابد أن تخضع لقضاء من نوع خاص تستبدل فيه علانية جلسات المحاكم بالسرية ويستبدل فيه القضاة بآخرين ذو كفاءة علمية لا غبار عليها، في مهمة لتقصير من عمر المنازعة بدلا من استشارة القاضي للأهل الخبرة وهو ما من شأنه أن يضيع الجهد والمال. فكان التحكيم هذا الذي اتسع أفاقه واحتلاله من المكانة في مجال القانون الإداري حيث أقترن بالنمو الاقتصادي للدول.

ومن أجل الإلمام بنظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية كآلية قانونية ضامنة لحماية المتعامل المتعاقد في هذا المجال كان لابد لنا من التعرض له بالدراسة من خلال تحديد مفهومه بالتعريف به في مجال صفقات العمومية وخاصة من منظور التشريع الجزائري إلى جانب أهم التطورات التشريعية التي عرفها عبر هذا التشريع (المطلب الأول) لننتقل بعدها لدراسة مدى مشروعية اللجوء إليه إلى جانب تنظيمه الإجرائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية

من أجل ضمان استمرارية تنفيذ الصفقات العمومية ومواصلة درب النمو، ولتفادي أي عراقيل قد تثور أثناء تنفيذ هذه المشاريع، استوجب الأمر إيجاد آليات فعالة قابلة وقادرة على تذليل العراقيل والمعوقات وفي نفس الوقت تتضمن حقوقا للمتعامل المتعاقد، ما يزيد من صلابة ومتانة السياج القانوني له وما يشجعه أكثر على الإقبال للتعاقد مع الإدارة.

وعليه ،من أجل الإحاطة بنظام التحكيم في مجال الصفقات العمومية كأداة ضمان للمتعامل المتعاقد باعتباره أهم تدبير لحل نزاعات الصفقات العمومية بالطريقة الودية كان جليا بنا تحديد مفهومه بتعريفه وبيان أهم عناصره وأنواعه وكذا طبيعته القانونية لنقف على جوهر مفهومه في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

يقتضي منا تعريف التحكيم التطرق إلى معناه اللغوي ثم الاصطلاحي بإيراد أهم التعريفات الفقهية لنصل إلى التعريف القانوني، لنستخلص في الأخير أهم عناصره وأنواعه لننتقل بعدها لتحديد طبيعته القانونية.

التحكيم في اللغة مأخوذ من كلمة حَكَمَ، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو المنعُ من الظلم، معناه التفويض وحَكَمَ فلانا في كذا إذ جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكمه في أمره

تحكيما أمره أن يحكم، وحكمت الرجل بالتشديد أي فوضت الحكم إليه، وأمرته أن يحكم فيه، والمحكم الشيخ المجرب المنسوب إليه الحكمة[1]

وهو أيضا مصدر حكم وأصلها حَكَمَ، حُكْمُ، حُكْماً، رَجَعَ. يقال: "رَاجَعَ حُكْمَهُ فَحَكَم أي راجعه فرجع، وحكم الفرس: جعل عليه حُكمَه، وحَكَمَهُ عن كذا، منعه ورده".[2]

وعرف أيضا بأنه مصدر حَكَمَ بالأمر حُكمًا، يقال: حَكَمَ له، وحَكَمَ عليه، وحَكَمَ بينهم[3] وقال العلامة ابن منظور في هذا الشأن حَكمتُ وبمعنى مَنَعتُ وردت من هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظلم من الظلم.

قال ...ألا صمغي..: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم قال منه سميت حكمه اللجام لأنها ترد الدابة ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أخذنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر. فاحتكم، يقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك. وقال الفيروز أبادي :الحكم بالضم القضاء جمع أحكام وحكمه في الأمر تحكيما :أمره أن يحكم فاحتكم[4].

---

[1]- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الاسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض ،2008، ص34

[2]- المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق، ، بيروت، ط 9،1988، ص146.

[3]- إلياس بن منصور الراجحي، مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي، بحث مقدم لاستكمال درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص17 .

[4]- ناصر بن مُحَمَّد الراجحي، التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم المنية كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية الرياض، 2008 ،ص216 .

أولا– التعريف الاصطلاحي للتحكيم

يتنازع التحكيم تعريفات في الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة وذلك لما لتكييف المسألة من عدم تحديد، وما تضيفه أهمية هذه الوسيلة من رغبة الفقه في الأنظمة القانونية المتباينة إلى تحديد مفهوم جامع مانع لخصائصها، لهذا يتعين علينا عرض بعض المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم ثم نعرج للتعريف القضائي وصولا إلى التعريف القانوني من أجل الوصول إلى تعريفه في مجال الصفقات العمومية.

1–التعريف الفقهي للتحكيم

لقد اختلف الفقه في تعريف التحكيم كالتالي:

أ – الفقه العربي

لم يخرج تعريف التحكيم في الفقه العربي كثيرا عن المعنى اللغوي في فحواه، فعرف على أنه الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سوءا كان اسم المحكم أو المحكمين مذكور في الاتفاق أم لا. [1] وما يعاب على هذا التعريف أنه لا ينطبق على تعريف التحكيم في التشريع الجزائري لأن هذا الأخير يشترط أن يتضمن شرط التحكيم تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعينهم سواء في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها. [2]

[1] – مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة الإمارات، ع 32، أفريل 2009، الأردن، ص272 .

[2] – راجع المادة 1007 و1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وعرف بأنه توليه الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعا يعني توليه وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل بينهما أي فيما يتنازعون فيه. [1]كما عرف أنه الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في النزاع المعين بواسطة الغير بدلا من الطريق القضائي العام.[2]

كما عرفه جانب من الفقه بأنه اتفاق على طرح النزاع على أشخاص معنيين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ويسمى عندئذ مشارطة التحكيم، وقد يتفق ذو الشأن مقدما وقبل قيام أي نزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكيم.[3]

أما إذا كان التحكيم متعلقا بمنازعة إدارية فإنه ورد في تعريفه في بعض المؤلفات على أنه الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الإدارة (كانت الدول أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى) لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طبيعة

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص22.

[2]- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره ،الكتاب العربي الحديث ،الاسكندرية، 2009، ص37

[3]- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر ، 2010، ص16-17

عقدية إدارية أو غير عقدية فيما بينها أو بين إحداهما أو أحد الأشخاص القانون الخاص الوطنية والأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم إجباريا أو اختياريا وفقا لقواعد آمرة.[1]

ب–الفقه الغربي

تعددت محاولات تعريف هذا النظام لدى الغرب، فمثلا عرفه الأستاذ **Jean Robert**[2] على أنه نظام قضائي خاص بفضله تخرج المنازعة من الخضوع لولاية القضاء لتحسم بواسطة أفراد عهد إليهم هذه المهمة.

كما عرفه الأستاذ **Davide René** بأنه وسيلة تهدف إلى إعطاء حل للمسألة التي تهم العلاقات بين الأشخاص عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكما أو محكمون يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص ويقضون بمقتضي هذا اتفاق دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة. [3]

هذا عن الفقه الفرنسي وذات المفهوم أخذ به الفقه الإنجليزي[4].

---

[1]– ماهر محمد حامد ، التحكيم في المنازعات الجمركية ، دار النهضة العربية ، 2007 ،ص 19 .

عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاءا وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009 ،ص339

[2]– Jean Robert : l'arbitrage :droit interne ,droit internationale privé 1993.p6

[3]– Davide René , l'arbitrage dans le commerce international édition 1 économico paris 1982.p09

[4]– The practice of arbitration there for, cones 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 dispute wants to settle them with less formality and expenses the is involved in a recourse to the courts » Holds worth, history of englishص law,vol xiv,1964,p187

ويقصد بهذا المعنى من 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 ممارسته لأنه أقل رسمية وأقل في نفقاته عن المحاكم العادية

ولقد اعتبر فقهاء الغرب نظام التحكيم نظام استثنائي للتقاضي لأنه يجيز إخراج بعض النزاعات الناشئة على علاقات عقدية أو غير عقدية وطنية كانت أم أجنبية من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطرق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك خروجا عن مبدأ الخطر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إليه.[1]

إلا أنه بالرغم من ذلك هناك من رأي أن معظم هذه التعريفات الشارحة لمفهوم التحكيم وطبيعته الاختيارية والقضائية فإنها تفتقر إلى أحكام الصياغة اللغوية حيث ورد بها التكرار وبديهيات لا تحمل الرد.[2]

2-التعريف القضائي

لم تتفق الاجتهادات القضائية على مفهوم موحد للتحكيم كما يلي :

أ-القضاء العربي

عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم[3] .

---

[1] -Auby (J.M) l'arbitrage en matière administrative.J.j.DA 1995.p81

[2]- عبد المجيد اسماعيل محمّد، عقود الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحامي الحقوقية، لبنان، 2003 ،ص36

[3]- محمّد محجوبي ، القانون القضائي الخاص، الكتاب الأول ، المبادئ الأساسية ومختلف نزاعات الاختصاص القضائي، دار القلم بالرباط، ط 2، 2007 ،ص01 .

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد عرفته: "بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين وأشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[1].

كما عرفته المحكمة الدستورية المصرية فقد عرّفته على أنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم يعين باختيارهما، وبتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا بعيدا عن شبهه مملات، مجردا من التعامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منها بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[2] .

ب–القضاء الغربي

هذا الأخير يتمثل في مجلس الدولة الفرنسي والذي ذهب إلى اعتبار التحكيم هو تمثيل لسلطة اتخاذ القرار والتي يعترف بها الطرف الثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم....[3]

رغم كثرة الاجتهادات القضائية إلا أنها لم تتفق على تعريف موحد وبالرغم من ذلك جاءت متكاملة فيما بينها ومتقاربة نوعا ما وتطبق على كل المنازعات مهما كانت طبيعتها تجارية كانت أو مدنية أو إدارية.

---

[1]– المحكمة الإدارية العليا في قرارها الصادر بجلسة 1994/01/18 في الطعن رقم 882 للسنة الثلاثين قضائية نقلا عن محمد محجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن ،مداخلة منشورة بالموقع الإلكتروني http://adala.justice.gov.ma/production/ tudes.ouvrage le 14/03/2016 à 14h30m . ص 05 .

[2]– محمد محجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن المرجع السابق، ص 05 .

[3]– مناني فراح، المرجع السابق ، ص ، ص18–19 .

3- التعريف القانوني

نتيجة لتعدد الدول واختلاف نظمها القانونية اختلفت التعاريف القانونية للتحكيم كالتالي :

أ-تعريف القانون الغربي للتحكيم

يعتبر القانون الفرنسي التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة [1] وذلك في المرسوم رقم 81-500 المؤرخ في 12 ماي 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء في المادة 1442 منه تعريف شرط التحكيم la **clauscom promissoires** "على انه اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم". أما المادة 1447 من ذات المرسوم قد تضمنت تعريف مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم على أنه "عبارة عن عقد يتفق بمقتضيات أطراف النزاع الذي نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى المحكم أو عدة محكمين لكي تتولى الفصل فيه".

ب - القانون العربي

عرف التحكيم حسب القانون المصري بموجب المادة 04 من القانون رقم 27 سنة 1994 الفقرة 01 منه والصادر بتاريخ 1994/04/18 فيما يخص التحكيم في المواد التجارية والمدنية على النحو الآتي "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم

[1] -Voir Bergeal Catherine, lenica Frederic ,contentieux des marchés publics, imprimerie nationale, éd paris 2004,p275

الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"[1]

كما عرف القانون المصري اتفاق التحكيم أيضا في المادة 10 من ذات القانون بأنه "اتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم تسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

وعليه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 30 من ذات القانون

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلا هذا الاتفاق كما يعتبر الاتفاق على التحكيم كل إحالة في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم شرط التحكيم إذا كانت الإحالة إلى هذه الوثيقة واضحة في اعتبارها جزء من العقد مكتوبا وفقا للمادة 13 من هذا القانون.[2]

ما يمكن قوله هو اتفاق حسب التقنيين المصري والفرنسي لأن مواده تحدثت عن اتفاق التحكيم وعرفته إلا أنها لم تتعرض لتعريفه كآلية حل نزاعات الحالية والمستقبلية الناشئة

[1]- راجع المادة 04 فقرة أولى من القانون 27 سنة 1994 الصادر بتاريخ 1994/04/18 التحكيم في المواد المدنية والتجارية من التشريع المصري.

[2]- المادة 10 من القانون ذاته .

عن العلاقة القانونية وهذا لا يبعث على الدهشة والغرابة لأن عادة المشرع عدم الحوض غمار التعريف وإنما ترك المسائل التي يثار حولها الجدل إلى الفقه والقضاء حتى لا تحصرها في زاوية تحد من فاعليتها من جهة وتعبيرها على القاضي من جهة في إعطاء الحكم الصحيح في المجال والزمان والمكان المناسب.

وعلى إثر ذلك فإن المادة الأولى من قانون التحكيم المصري عرفت التحكيم بأنه الذي يكون بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

من ذلك نلمس أن نظام التحكيم له أشكال متعددة وذلك حسب الزاوية التي ينظر من خلالها إليه [1]، فينقسم من زاوية تدخل الإرادة للجوء إليه إلى تحكيم إجباري أو تحكيم اختياري. و ينقسم من زاوية تنظيمه إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسستي كما ينقسم من حيث خضوعه إلى القانون إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون أما من حيث نطاقه الإقليمي قد ينقسم إلى تحكيم الداخلي والتحكيم خارجي أو الدولي.

فبالنسبة للتقسيم من حيث تدخل الإرادة ينقسم التحكيم إلى تحكيم اختياري وهو التحكيم الذي يتم اللجوء إليه بإرادة الأطراف ذوي الشأن في النزاع المعروض والمراد الفصل فيه،

1 _ أحمد محمد العنزاوي ، التحكيم الإلكتروني ما له و ما عليه ، مؤتمر التحكيم الهندسي الثالث ، المملكة العربية السعودية ، الدمام ، 21-10_2007 نقلا عن عصام رجب بيوض التميمي ، التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامة التجارية ، دار النهضة العربية ، 2008، ص 09 .

بدلا من اللجوء إلى القضاء العام للدولة[1] ويرتكز هذا النوع من التحكيم على دعامتين أساسين تتمثل الدعامة الأولى في الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين في اتفاق الأطراف على التحكيم، أما الدعامة الثانية تتمثل في إقرار القانون لهذه الإرادة. [2]ولقد أقر المشرع الجزائري في القانون الإجراءات المدنية والإدارية عناصر هذا النوع من التحكيم في المادتين 1006 و1007ن عن طريق نصه على شرط التحكيم واتفاق التحكيم التي سبق التطرق إليها.

رغم أن أساس التحكيم الاختياري، هو الإرادة الحرة للطرفين إلا أن الواقع العملي، يشهد أحيانا تحكيما اختياريا يطرح قبوله، بسبب القوة الاقتصادية للطرف الأخر ولحاجة الطرف الأول، خاصة على الصعيد التجاري الدولي.[3]

وتحكيم إجباري يكون هذا الأخير كذلك عندما يوجب المشرع الخصوم سلوك طريق التحكيم للفصل في نزاعهم نفاذ للقاعدة قانونية أمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إذ لا يجوز للأطراف النزاع اللجوء ابتداء إلى محاكم القانون العام. إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي حددها،[4] ولقد كانت البلدان الاشتراكية السباقة إلى الأخذ بهذا النظام كطريق للفصل في منازعات المشروعات العامة، ثم انتشر بعد ذلك إلى الدول الأخرى.[5]

---

[1]- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 297 .

[2]- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ،المرجع نفسه ، ص299.

[3]- عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار المعرفة، الجزائر، 2009،ص51

[4]- عبد الوهاب قمر ،المرجع نفسه ، ص52.

[5]- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص، ص301-302 .

وفي هذا الإطار، فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالتحكيم الإجباري في الحقبة الاشتراكية عندما أخضع منازعات بعض الهيئات التي تملكها الدولة أو التي تساهم بأكثر رأسمالها فيما بينها إلى التحكيم الإجباري بموجب الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975، الذي يتعلق بالتحكيم الإجباري بالبعض الهيئات[1]

أما بالنسبة للتقسيم من حيث النطاق الإقليمي فينقسم إلى التحكيم الدولي ويكون كذلك إذا شمل النزاع دولتين أو أكثر، إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج [2]. وفي هذا الصدد، فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصه على أنه "التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"

أما التحكيم الوطني أو الداخلي فهو التحكيم الذي يتعلق بنزاع يمس الدولة واحدة في جميع عناصره التي تشمل موضوع النزاع والمكان الذي يجري فيه التحكيم وجنسية الخصوم والقانون الواجب التطبيق على النزاع ومكان صدور الحكم ومكان تنفيذه.[3]

أما عن التقسيم من حيث التنظيم فينقسم إلى التحكيم الحر ويقصد به التحكيم الذي يتولى أطرافه تنظيمه بأنفسهم، دون الاستعانة بخدمات أي مركز تحكيم دائم[4] .

---

[1]- ج ر . ج ج ، رقم 53 الصادرة في 04 يوليو 1975 ، ص742 .

[2] - مليكة صروخ ، الصفقات العمومية في المغرب، دار القلم للنشر ، 2009 ، ص 560 و ما يليها .

[3]- عبد الوهاب قمر،المرجع السابق، ص60 .

[4]- ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009 ،ص240.

ويمثل التحكيم الحر صورة بسيطة للتحكيم، كثيرا ما يصعب تطبيقها عمليا، نظرا للعيوب الكثيرة التي توجد فيه .

أما التحكيم المؤسسي فهو ذلك التحكيم الذي تتولها هيئة أو هيئات دولية أو وطنية وفقا لقواعد وإجراءات معدة سلفا، تحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لها.[1]

والتقسيم من حيث الخضوع للقانون هو التحكيم بالصلح وهو ذلك التحكيم الذي يفوض فيه أطراف عقد التحكيم هيئة التحكيم في الحكم في النزاع بما تراه عادلا دون التقيد بأحكام قانون معين، إلا ما تعلق منها بالنظام العام [2]وتجدر الإشارة أن التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد حصر التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون فقط، بل نص وأكد أن المحكمين يفصلوا في الدعوى وفقا للقانون [3]، فهذا عكس التحكيم الدولي الذي ترك للأطراف حرية الاختيار قانون الإجراءات وقانون حسم النزاع، فإن تضمن القانون الأجنبي نص يعرف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف فليس لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يمنع ذلك إلا في حالة ما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق فإنه لم يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف[4] بل نص على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون

---

[1]- سناء بولقواس ،الطرق البديلة كل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا) مذكرة ماجستير في العلوم القانونية ،كلية الحقوق ، جامعة باتنة ، 2010 ، ص29

[2]- ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص237

[3]- عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، ع05، الطرق البديلة لحل النزاعات ج01، 2008، ص115.

[4]- المرجع نفسه، ص116.

والأعراف التي تراها مناسبة وفقا للمادة 1050 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجرائية والإدارية .

وبالرجوع للقانون الجزائري[1] نجد أن مشرعنا قد أورده في موقفين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتجلى الموقف الأول في المواد 975-976-977 وهو يتعلق بالتحكيم بالقضايا الإدارية والتي أشارت إلى تطبيق النصوص المتعلقة بالتحكيم على منازعات الصفقات العمومية، في حين يتجلى الموقف ثاني في المواد من المادة 1006 إلى غاية المادة 1061،ويتعلق بالتحكيم في جميع النزاعات، حيث جاءت هذه النصوص متأثرة بالقانون الفرنسي والقانون السويسري وشملت أحكامها التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.[2]

لذلك نرى القانون الجزائري على غرار بقية القوانين تطرق للتحكيم فعرف شرط التحكيم بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم إذ حدد بموجب المادة 1006 هذه الحقوق المتاحة بقوله "يمكن لكن 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

[1]- لقد نظم المشرع المغربي هو الأخر مختلف أحكام التحكيم في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المنتظرة المدنية بمقتضى الفصول 306 إلى 327 حيث عرف التحكيم بموجب الفصل 306 كما يلي "سواء بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمه تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم لنفصل راجع القانون 08-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-107 بتاريخ 30 نوفمبر 2007

[2]- موساوي مليكة، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية ، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر ، ع 09 ، سبتمبر 2015، ، ص117.

للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية.[1]

أي أنه لا يجوز للتحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا أو متبنيا أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا أو باطلا؛ أو كان بصدد تحديد مسؤولية الجاني الجنائية، أو تحديد النص الواجب التطبيق في قانون العقوبات عليه.

كما لا يجوز التحكيم في خصومة تصل بطلب اكتساب جنسية ما، أو دعوى طلب دين قمار أو ما تعلق بأعمال السيادة وغيرها [2]أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فإنه لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ما عدا في حالتين هما:

- العلاقات الاقتصادية الدولية
- الصفقات العمومية، وهذا في الحقيقة ما يهمنا في هذه الدراسة فالنص لم يعرف التحكيم في الصفقة العمومية وهذا يبين أن التعريف الذي أعطاه في النص 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 نشؤه على التحكيم".

[1]- مناني فراح، المرجع السابق، ص، ص109-110.

[2]- المرجع نفسه ، ص، ص109-110.

وبالتالي من خلال تعريف شرط التحكيم في الصفقات العمومية الذي هو الاتفاق الملزم لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، في عقد الصفقة العمومية بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي تنشأ عن العقد المذكور.

وأن اتفاق ومشارطة التحكيم في صفقة العمومية هو الاتفاق الذي تلتزم به كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها في عقد الصفقة العمومية بمفهوم المادة 1006 من ق. إ. م. إ لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

ما يمكن إثارته حول مختلف التعاريف القانونية للتحكيم أن المشرع الجزائري وكذا الفرنسي اكتفيا بتعريف شرط التحكيم وكذا مشارطة التحكيم إلا أن الفرق بينه وبين المشرع الفرنسي هو أن المشرع الجزائري ثبت علي أن شرط التحكيم ينص على النزاع المستقبلي و الحالي مع العلم أن الاتجاه الجزائري كان نفس الاتجاه المصري، أما ما يتعلق بتعريف مشارطة التحكيم يكاد يتفق مشرعنا مع القوانين باستثناء ما لوحظ على المشرع الفرنسي الذي أشار إلى إمكانية إحالة نزاع موضوع التحكيم إلى محكم واحد أو أكثر من واحد،ودائما في نفس السياق أكتفي مشرعنا في هذا الشأن بعبارة التحكيم كنظام إلا أنه تدارك الإبهام الذي قد يقع والخلط أو بروز إشكالات وسد النقص في نص المادة 1017 من ق. إ.ج.م.إ على أنه تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

ومن خلال بعض هذه المحاولات الفقهية القضائية والقانونية التي تطرقت لنظام التحكيم نصل إلى أن نظام التحكيم يقوم على دعائم ثلاثة هي بمثابة مقاومات بل عناصر أساسية له والمتمثلة فيما يلي:

- الخصومة التحكيمية.
- مُحكم يزود بسلطة الفصل في النزاع بقرار ملزم.
- اتفاق بين الأطراف على اختيار التحكيم والذي يكون شاملا لمبدأ التحكيم[1]

وقبل هذا يقوم التحكيم كنظام على مبدأ الإرادة الحرة للأطراف هذه التي تحكم كافة جوانب التحكيم، من ذلك يعد هذا الأخير الوسيلة القضائية الاختيارية التي لا تنعقد إلا برضا كافة الأطراف على أسلوبه وإجراءاته و القانون الواجب التطبيق، فلا يجوز إجبار الشخص على التحكيم أو حرمانه من هذا الحق والذي يكون في حدود القواعد القانونية.

وما يمكن التأكيد عليه أن التحكيم بمجرد الاتفاق عليه يكتسب الشرعية وبالتالي تثبت فيه التسوية الودية للنزاع كما يعد في نفس الوقت تسوية قضائية كأن عمله ذات وجهات لأنه يقوم على إجراءات تماثل الإجراءات القضائية مثل العريضة للدعوى واحترام حقوق الدفاع.وبالتالي تكون التسوية النهائية بصدور قرار أو حكم التحكيم الملزم لأطرافه والذي لا يمكن التحليل منه إلا بالوسائل القانونية المتاحة في الطعون[2]

[1]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري والدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص19.

[2]- خليل بوصنوبرة ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة منتوري، قسنطينة 2007-2008، ص16 وما بعدها

ثانيا– الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

لقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ما خلّف جدلا فقهيا كبيرا بخصوص هذا الموضوع كانت نتيجته ظهور أربعة اتجاهات حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم[1].

1– التحكيم ذو طبيعة تعاقدية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فمركز الثقل في التحكيم هو الاتفاق أطراف النزاع ومصدره حيث تجد الأحكام التحكيمية قوتها التنفيذية إلا من خلاله أي هذا الاتفاق فتنسجم طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه الأحكام وتكون مع اتفاق التحكيم كلا لا يتجزأ[2] فهما يكونان هرما قاعدته التحكيم وقمته حكم التحكيم.

وبالتالي فحكم التحكيم وفقا لهذه النظرية يستمد قوته ومادته من اتفاق التحكيم بغض النظر عن كونه شرطا أو مشارطة، حيث أن تحديد نطاق التحكيم وتعيين المحكمين أو وسيلة اختيارهم، وكذلك القانون الواجب التطبيق المتفق عليه تحدد جميعها في اتفاق التحكيم وعلى ذلك وباعتبار أن اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يخضع لمبدأ سلطان الإرادة أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن لحكم التحكيم نفس الخصائص التي يتمتع بها اتفاق التحكيم.[3]

---

[1] _ مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد السلماني ، العقود الإدارية ، و أحكام إبرامها ، المطبوعات الجامعية ، كلية الحقوق ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 387 .

[2]– سليم سلامة حتاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ،المجلة الرابعة، ع 2-2012، ص168.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الصرابي، النظام القانوني للاتفاق والتحكيم (دراسة تطبيقية مقارنة) ،المكتب الجامعي الحديث ،ط2، 2008 ، ص22

وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ (marlin) إلى القول أن الحكم التحكيمي يشكل مع اتفاق التحكيم جسما واحدا وبدونه يصبح تافها بدون معنى، إن الاتفاق هو الذي يعطي الحكم وجوده وفيه يكمن ذاته وجوهره ولا يوجد الحكم إلا معه.

ولتبرير موقفهم استند أنصار هذا الاتجاه على عدة أسباب منها:

– أن مصدر التحكيم هو إرادة الخصوم في حل ودي، ورغبتهم في حل النزاع بعيدا عن أروقة المحاكم وما يسودها من رسميات؛ مظاهر وشكليات معظم الدول التي تختار التحكيم لا تختار الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن ما دامت الإجراءات أصولية ومتفقة مع اتفاق التحكيم، وعدم القابلية للطعن نجد أساسها من رغبة الأطراف فعند التجائهم إلى التحكيم التزموا منذ البداية وارتضوا بالحكم الذي ستصدره هيئة التحكيم.[1]

– باتفاق الأفراد على التحكيم يتفقون ضمنيا على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها الاتفاق هذه التي لا يمكنها أن تكون سلطة قضائية باعتبارها تقوم على إرادة ذوي الشأن كمالا يمكن اعتبار سلطة المحكم السلطة الكاملة كون المحكمين هم معنيين لا يتمتعون بتلك السلطة.

القضاء العام في الدولة يفترض عدم إرادة أحد الطرفين للامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي الطرف الأخر في مواجهته، في حين أن التحكيم يرغب المحتكمون بإرادتهم إبعاد كل الشك حول حقوقهم ومراكزهم القانونية.[2]

[1]– محمد محمود أحمد حجاجري، ولاية القضاء على أحكام المحكمين، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة الأردن، 2005 ، ص21 .

[2]– محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية، المرجع السابق ، 2003، ص274.

غير أنّ هذا الاتجاه لقي انتقادا على أساس أنه منذ البداية ركز على الإجراء التأصيلي الذي تتحرك به إرادة الأطراف المعنية للجوء إليه، لم يركز على جوهر التحكيم نفسه كعملية قانونية واضحة وصريحة وحدده، كما أن هذا الاتجاه الفقهي قد قصر نظرته إلى التحكيم على إطار تحقيقه لمصالح خاصة بالأطراف المتنازعة متناسيا أن التحكيم في كثير من الأحيان إن لم نقل معظمها، يحقق في نتائجه النهائية مصالح عامة محررة سواء أكان أحد أطرافه الأجهزة الإدارية الرسمية المختلفة أو الجهات والهيئات الخاصة أو الأفراد، لأن حل المنازعات عن طريق هذه الوسيلة القانونية الهادئة والمتزنة بين أي من تلك الأطراف، يحقق في النهاية مصلحة الدولة العامة ويحافظ على أمنها واستقرار المعاملات المختلفة فيها، كما أن هذا الاتجاه الفقهي أيضا قد عاد وصب اهتمامه على حرية اختيار الأطراف المعنية المحكمين وعلى أثار ونتائج التحكيم من حيث قبولها أو عدم قبولها لتحقيق الحلول المناسبة وتلك الأمور المتعلق لا يتعلق بمفهوم وطبيعة التحكيم ذاته، بقدر ما تتعلق بالدوائر الإجرائية والتأثيرات القانونية والواقعية الأخرى المحيطة بجوهر هذا التحكيم.[1]

مبالغة أنصار هذا الاتجاه في الاستناد إلى دور الخصوم واعتباره الدور الرئيسي في نظام التحكيم، في حين دوره يقتصر على مجر تنظيم الخارجي لعملية التحكيم أما جوهر التحكيم في تحديد طبيعته، فيجب أن يرتبط بطبيعة المهمة التي عهد بها الخصوم إلى المحكمين والتي أقرتها التشريعات ومنحت المحكمين عدة سلطات تمكنهم من أداء مهمتهم من خلال النظر في النزاع

[1]- بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية)، ، دار وائل للنشر، الأردن، ، 2005 ، ط 01 ، ص31 .

والفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، وتأسيسا على ذلك فللمحكم سلطة تسير الدعوى التحكيمية والبحث عن أدلة إثبات وتقديرها دون أن يكون ملزما بتسبيب ذلك بوصفه قاضي في النزاع التحكيمي.[1] مؤيدي هذا الاتجاه يعتبرون التحكيم عقدا (النظرية العقدية) إلا أن هذا يصطدم مع الواقع القانوني أو طبيعة القانونية لهذا العقد، هل هو ينتمي لطائفة العقود العامة أو طائفة العقود الخاصة[2]؛ هذا فضلا عن المبالغة في إعطاء الدور الأساسي للإرادة الأطراف فهم في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، فالمحكم يقوم بالفصل في النزاع مطبقا إرادة القانون لا يلقي بالا إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه، ومن جهة أخرى أنه ليس صحيحا أن التحكيم وفقا للعدالة هو الأصل.[3]

2- التحكيم ذو طبيعة قضائية

يرى البعض من الفقه التحكيم ذا طبيعة قضائية [4] استنادا للمعايير الموضوعية التي تميز عمل القضاء ويحدد عناصر قيام الخصومة القضائية المتمثلة في نشوء نزاع بين خصمين أو أكثر يتولى النظر فيه جهة لا تأخذ بعين الاعتبار المراكز القانونية للأطراف الخصومة وذلك وفقا لقواعد إجرائية محددة سلفا من اجل لإنهاء النزاع بموجب حكم قضائي منهي للخصومة.

---

[1]- سليم سلامة حتاملة، المرجع السابق، ص110.

[2]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق ، ص33.

[3]- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ، منشأة المعارف الإسكندرية، ط01 ، 2007، ص51.

[4]- فتحي والي، المرجع السابق، ص52.

وقياسا على دور القضاء في الفصل في الخصومة اعتبر الفقه المؤيد للنظرية القضائية للتحكيم أن هذا الأخير نوع من القضاء أو شكل من أشكاله، حيث ينظر المحكم في الخصومة ويفصل فيها على أساس أن القانون والمحكمين وهم يتولون النظر في الخصومة التحكمية يلتزمون بالحياد والاستقلالية من جهة، ومن جهة أخرى مراعاة المبادئ العامة في التقاضي، كضمان حق الدفاع ومبدأ الوجاهية مثلا ويطبقون في بعض الأحيان الإجراءات والقوانين المعمول بها في هذا المجال، وتعتبر هذه المبادئ من المستلزمات وخصائص القضاء[1]

وبالرغم من أن هذا الأخير يمثل مظهرا سيادة الدولة لا يمارس إلا عن طريق هيئات قضائية يتولى القانون تنظيمها أن هذا القانون في الوقت ذاته أجاز للأفراد الاتفاق على اللجوء للتحكيم واختيار محكم يتولى مهمة الفصل في النزاع بدلا من القضاء، فيكون في هذه الحالة التحكيم قضاء خالصا.[2]

وإذا كانت إرادة الخصوم واضحة في التحكيم وترمي إلى حسم النزاع فإن هذه الأخيرة لها مظاهرها في الخصومة أمام القضاء أيضا، فأحد طرفيها هو الذي يقدمها، وقد يكون قد سعي لرفعها قبل الطرف الأخرّ، كما قد تكون للطرف الأخر مصلحة في الإبقاء عليها، والدولة هي التي تحيز التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين، ولذا قيل بأن القضاء ،والتحكيم يتساويان في أن الالتجاء إلى أحدهما يكون إجباريا في جميع الأحوال عند الحصول النزاع.[3]

---

[1]- بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص30.

[2]- محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2007،ص02.

[3] - سليم سلامة حتاملة، المرجع السابق، ص112 .

إلاّ أنه وبالرغم مما تقدم فإن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم وذلك بين الاتجاه يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية وأخر يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستقلة عن تلك الأنظمة، خاصة عندما يكون التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية[1].

وبغض النظر عن هذا الاختلاف، فإن التحكيم يعد قضاء وحكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا[2]وعلى ذلك يترتب على التحكيم الطبيعة القضائية

-إن التحكيم ،كأي حكم أخر هو بمثابة حل للنزاع القائم بين الخصوم وحصر وفقا الإجراءات المعمول بها في إصدار الحكم القضائي.

وتكون له نفس الآثار سواء بالنسبة لطرفي النزاع من حيث حجية الشيء المقضي فيه أو بالنسبة للمحكمة التحكمية من حيث استفادة هذه الأخيرة وانتهاء على النزاع التحكيمي باستثناء تصحيح الخطأ والإغفال الذي شاب حكم التحكيم أو تفسيره، وبذلك يعتبر المحكم وفقا لهذا الاتجاه بمثابة قاضي حقيقي.

إلا أنه بالرغم من خصوصية هذا القضاء الذي هو من نوع خاص إلا أنه لا يمكن استعاد القضاء الوطني الذي يتدخل من خلال رقابة الدولة بقواعد أمرة تتضمن إجراءات

[1]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص27 وما بعدها

[2]- فتحي والي، المرجع السرابق ، ص54.

السلامة التحكيم والحكم، وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظيم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم.[1]

غير أنّ هذا الاتجاه لقي انتقادا ذلك أنه صب كل تركيزه على الإجراءات التي يتبعونها المحكمون خلال قيامهم بأعمالهم إضافة إلى الاهتمام بأهداف التحكيم وكأنه قضاء رسمي في الدولة دون مراعاة الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا التحكيم، وأنصار هذا الاتجاه يعاب عليهم أنهم سلموا تسليم قطعي بقضائية التحكيم في حين أنه لا يزال محل جدل فقهي في مجال التطبيق والواقع الإجرائي والقانوني، لأنها تتعلق بكل حالة تحكيم على حدة لاسيما في ظل شروط تعاقدية معينة وظروف سياسية واقتصادية واجتماعية وقانونية معتبرة.[2]

3 – الطبيعة المختلطة للتحكيم

التحكيم ذو طبيعة مختلطة هذا ما رآه رواد هذا الاتجاه وأنصاره إ ذ يمتزج بين اتفاق الأطراف الذي يرمي اللجوء إلى التحكيم وبين حكم المحكمين الفاصل في النزاع.

وكان أساس تحيزه لهذا الاتجاه في أن كلا من الاتجاهين السابقين لم يوافق بين عناصره إذا مال كل ميل لعنصر ما جعله يهمل العناصر الأخرى للتحكيم مما يؤدي إلى قصر تحليل كل منهما في حين أن كل عنصر من عناصر التحكيم وكل مرحلة تترك أثرها في التحليل الأخر نظرا لطبيعة هذا النظام، وبالتالي نظام التحكيم هو ذو طبيعة مختلطة يبدأ باتفاق ليصير إجراء

[1] – محمّد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالمغرب، ع5 ، 2011، ص28

[2] – بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص32.

لينتهي بحكم تحكيم[1] ذلك أن القواعد التي تحكم هذا النظام ما هي إلا تطبيق توزيعي لقواعد العقد وللقواعد الحكم القضائي في أن واحد

فالتحكيم حسب هذا الاتجاه له صفتان الأولى تعاقدية من خلال تفضيل الخصوم للتحكيم كوسيلة لحل نزعاتهم بعيدا عن القضاء الثانية الصفة الاتفاقية للقانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة التحكيمية، ويتم الاختلاط والامتزاج بين الصفتين لما يغير التحكيم الطبيعة التعاقدية إلى طبيعة قضائية نتيجة لدور القضاء في إكساء الحكم التحكيمي القوة التنفيذية، بذلك يتحول حكم التحكيم إلى حكم قضائي [2] والذي يخضع بالضرورة عند التنفيذ لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية[3]

غير أنّ هذا الاتجاه عيب عليه أنه تجاور حدود المنطق القانوني باعتباره التحكيم وجهان لعملة واحدة أي شيئان لشيء واحد إذا أخلط بين أساسه وتأصيله القانوني وبين هويته الذاتية والجوهرية ،ليجعل من هذا التحكيم عقد وقضاء معا وهو ما لا يمكن تصوره في إطار الفكر العلمي هذا فضلا عن عدم تدعيم هذا الاتجاه بالأساليب القوية كانت علمية أو قانونية ليبرهن النتيجة التي آل إليها.[4]

[1]- سليم سلامة حتاملة، المرجع السابق، ص115.

[2]- محمّد سامي الشوا، المرجع السابق، ص29.

[3]- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص32.

[4]- بشار جميل عبد الهادي، المرجع السابق، ص30.

الفرع الثاني : موقف النظام القانوني الجزائري من اللجوء إلى التحكيم

من أجل الوقوف على موقف المشرع الجزائري من اللجوء إلى التحكيم كنظام أو كطريق بديل لتحقيق الحماية القانونية اللازمة لمتعاقد الصفقات العمومية كان لابد من دراسة أهم التطورات والمراحل التي مر بها التحكيم كنظام في القانون الجزائري

لننتقل بعدها إلى معرفة أهم نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم وأهم الأشخاص التي لها حق التحكيم في مجال الصفقات العمومية.

أولا– تطور نظام التحكيم في التشريع الجزائري

لقد مر نظام التحكيم في التشريع الجزائري بعدة مراحل إلا أنه يمكننا أن نميز بين مرحلتين أساسيتين.

1 - مرحلة ما قبل صدور قانون 09/08

خلال هذه المرحلة أشار المشرع الجزائري للتحكيم لكن في حدود ضيقة حيث رفض بداية تطبيقه صراحة على المنازعات الإدارية وحتى تطبيقه على العقود الإدارية ومنازعاتها ما يعني أن تطبيقه على منازعات الصفقات العمومية كان غير مسموح به أيضا وهذا ما أكدته المادة 442 من الأمر رقم 154/166 المتضمن قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيما يلي: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز التحكيم للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"[1]

حيث تم تعديل أحكام هذه المادة بمقتضى المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 حيث استبدلت أحكامها بالأحكام الآتية:"يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز لأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية والدولية"[2]

بهذا الإعلان الصريح من المشرع بدأت أبواب التحكيم الدولي تفتح عريضة أمام أشخاص القانون العام بعد أن كانت مرصودة إذا أصبح بإمكان الدولة أن تلجأ إلى التحكيم الدولي إضافة إلى الأشخاص الاعتبارية إذا كان الأمر يتعلق بعلاقات تجارية دولية لكن ما نلتمسه أن المشرع الجزائري لم يكن واضحا حيث لم يشر إلى مدى إمكانية لجوء منازعات الصفقات العمومية خاصة والعقود الإدارية عامة إلى نظام التحكيم لضمان الحقوق.

إذ كان المشرع الجزائري يؤسس موقفه القانوني هذا على أساس أن النصوص الدستورية أخضعت منازعات الإدارة للقضاء وبالتالي لا يجوز خرق هذا أي لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم. وعلى هذا الأساس كانت تتخذ معظم القرارات والأحكام القضائية. مثلا كقرار

[1]- المادة 442 من الأمر 154/66 المتضمن ق.إ.م

[2]- ج.ر.ج.ج ، ع27 الصادرة في 27 أفريل 1993 .

الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة في قرارها بتاريخ 1984/10/31 بعدم قبول عريضة ولاية قسنطينة ضد (**société sar rade**) لكون النزاع يندرج ضمن اختصاص هيئات التحكيم الدولي ينص الصفقة المبرمة بين طرفي غرفة التحكيم بباريس [1] ما يعاب على القرار آنذاك أنه لم يسبب على أساس أحكام المادة 442 بل كان على أساس نص الصفقة ذاتها إضافة إل عدم التدقيق والوضوح في مصطلحاته مثلا عدم قبول العريضة كانت يجب أن تكون بدلها عبارة عدم الاختصاص.

لأن عدم قبول العريضة يكون نتيجة عدم توافر الشروط الشكلية للعريضة أي شروط قبول الدعوى على العموم المشرع آنذاك معذور نتيجة لنقص القرارات والكفاءات المادية والمعنوية حيث كانت تشريعاتها دائما يشوبها عيب أو نقص. وهكذا بدأ نظام التحكيم يشق طريقه في التشريع الجزائري بالرغم من النزاع التشريعي وعدم وضوح النصوص القانونية التي كانت متوفرة آنذاك خصوصا ما تعلق منها بفهم التحكيم ومعنى السيادة الوطنية.

لهذا كان التحكيم في منازعات الصفقات العمومية غير مرغوبا به ليس في الجزائر فقط وإنما في مختلف الأنظمة القانونية الأخرى، لأن السائد آنذاك أن إجازة التحكيم تؤدي إلي ظهور تنازع بين التحكيم والعدالة الرسمية (القضاء) وإن كان هذا الأخير أي التحكيم بالتفكير الحالي ينسلخ عن القضاء لأنه يمثل عدالةً من نوع خاص

[1] – قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة رقم 273 –83 المؤرخ في 31 أكتوبر 1984 بين والي قسنطينة ضد société » « sarradeganlter غير منشور نقلا عن مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص6

2 – مرحلة صدور القانون 08-09

في هذه المرحلة بدأ التحكيم كنظام أو كطريق بديل لحل نزاعات بصفة عامة إذ شق مكانة هامة مثلت الأداة لتحقيق الأمن القانوني خاصة بعد صدور قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا الذي أولى أهمية لنظام التحكيم وتوضح ذلك من خلال تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمعالجة المبادئ والقواعد الأساسية التي تنظمه.

فمثلا بالرجوع إلى المادة 975 من القانون 08-09 نلمس إجازة المشرع للأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكن في حدود الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية والمصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية وخصوصا ما تعلق منها بمادة الصفقات العمومية ليس هذا وحسب بل المادة 1006 في فقرتها الثالثة أجازت هي الأخرى للأشخاص القانون العام فيما يخص العلاقات الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم وما تعلق منها بالصفقات العمومية[1]

وإن كان هنا تعارض ملموس بين المادتين ومضمونها فيما يخص إيجازه التحكيم حيث أجازت المادة الأولى التحكيم لكن بشرط أن يكون في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في مجال الصفقات العمومية أما الثانية فإنها أجازته في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية و الصفقات العمومية.

إن المشرع الجزائري بدأ يدرك أهمية ودور التحكيم في استجابة النظام القضائي لمتطلبات العولمة الاقتصادية ذا التنافسية الرسمية وجلب الأ طراف الأجنبية للتعاقد حيث بدأ مشرعنا شيئا فشيئا يطوي أسباب الرفض ويستسلم للتحكيم في النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية

[1] – غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، ع 09، 2009 ،ص46.

خصوصا تلك المبرمة مع المؤسسات الأجنبية موازاة مع التزامات الدولة في الخارج وكذا للإضفاء مرونة تتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس الشفافية في الإجراءات[1] .

ولتحقيق التكامل في النصوص القانونية فإن تنظيم الصفقات العمومية 15-247 وبالتحديد المادة 06 منه يوضح الأشخاص الذين يحق لهم إبرام الصفقات العمومية والتي يطلق عليها مصلحة متعاقدة.

أما فيما يخص أشخاص المادة 800 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أجاز لهم القانون اللجوء إلى التحكيم الداخلي فيما يخص الصفقات العمومية كما يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية والدولية وفي هذا الصدد، فإن المبادرة باللجوء إلى التحكيم ستكون من طرف الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، إن كان متعلقا بالدولة أو من طرف الوالي إن كان متعلقا بالولاية أو من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، إن كان متعلقا بالبلدية، أما إن كان متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فيبادر به ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابعة لها.

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية نجد أن المشرع الجزائري عند تنظيمه للصفقات العمومية لم ينص صراحة على إمكانية لجوئها إلى التحكيم غير أن المادة 1006 من ق. إ.ج.م.إ فقرة ثالثة أجازت لها ذلك انطلاقا من عمومية المادة[2]

---

[1]- بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008-2009، ص134.

[2]- موساوي مليكة، المرجع السابق ، ص188 وما يليها

المهم أنه من استعراض هذه المراحل يتبين أن المشرع الجزائري بدأ يؤمن بنظام التحكيم كطريق بديل لحل نزاعات الصفقة العمومية ومدى تميز وسرعته كفكرة ونهج ونظام مستقل تماما عن القضاء لاسيما وأنه في نفس الوقت قضاء من نوع خاص والذي يمثل نوع من قواعد العدالة الناعمة.

ثانيا– مدى مشروعية التحكيم في تسوية نزاعات الصفقات العمومية

لمعرفة مدى مشروعية هذا النظام في مجال صفقات العمومية كان لابد من تحديد أهم نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ثم لننتقل بعد ها لتحديد الأشخاص التي يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم.

1– نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم

إن اختصاص التحكيم يقتصر على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط [1] هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة فيما يلي

- النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية
- النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء [2] في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها.
- النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية.

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص341.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءا وتحكيما ،المرجع نفسه ، ص341.

كما يستبعد أيضا من التحكيم النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم كما تناولته المادة 1006 من ق إ م إ.

والمشرع لم يحدد مجال النزاعات التي يجوز فيها طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية، سوى استبعاده النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.

2- الأشخاص التي يجوز لها اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية

المشرع الجزائري جاء واضحا وصريحا فيما يخص الأشخاص التي لها حق اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية وذلك في المادتين 975 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لهذا سنحاول تحديدها مع مراعاة الأشخاص المذكورة في المادة 06 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فيما يلي:

أ- بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 (ق. إ. ج .م .إ. ج)

يجوز للأشخاص المعنوية المذكورة في نص المادة 800 من ق إ م إ اللجوء إلى التحكيم الداخلي، فيما يخص الصفقات العمومية كما يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية، وفي هذا الشأن فإن المبادرة باللجوء إلى التحكيم تكون من طرف الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، إن كان متعلقا بالدولة أو من طرف الوالي إن كان متعلقا بالولاية أو من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي إن

كان متعلقا بالبلدية أما إذا كان متعلقا بمؤسستين عموميتين ذات طابع إداري، فيبادر به ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوطنية التابعة لها.[1]

ب- بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 06 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية غير المؤسسات العمومية الإدارية

لم ينص المشرع صراحة على إمكانية اللجوء للتحكيم، غير أنه من قراءة نص المادة 1006 الفقرة الثالثة، التي تنص على أنه يجوز للأشخاص المعنوية العمومية طلب اللجوء إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية وفي إطار علاقتها الاقتصادية الدولية، نستنتج أن هذه المؤسسات، تدخل في إطار مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 1006 لأنها جاءت عامة تشمل كل الأشخاص المعنوية العمومية ولم تتقيد بالأشخاص المذكورة في المادة 808 فقط وكأن هذه المؤسسات تعتبر أشخاص معنوية عمومية فيمكن لها في اعتقادنا طلب التحكيم الداخلي في إطار الصفقات العمومية والتحكيم الدولي بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها اتفاقيتها الاقتصادية الدولية.

المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية

إذا كان المشرع قد سمح واعترف بنظام التحكيم كطريق بديل لحل نزاعات الصفقات العمومية استوجب عليه تنظيمه تنظيما يمكن من الممارسة الصحيحة له من خلال نصوص تحكمية الهدف منها تمكين أطراف التحكيم من الحصول على الحق أو استعادته أو حمايته،

[1]- انظر المادة 976 من ق إ م إ .

ومن هذا المنطلق كان لنا التطرق إلى هذا الجانب من الدراسة من خلال معالجة الإجراءات التحكمية أمام هيئة التحكيم (الفرع الأول) وكذالك تنفيذ الحكم التحكيمي وطرق الطعن فيه (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الإجراءات التحكمية أمام هيئة التحكيم

قبل الولوج في طرح الإجراءات التحكمية كان لابد لنا التطرق لهذه الهيئة التي خولت لها سلطة الحكم وإصداره.

أولا– هيئة التحكيم

تتشكل هذه الهيئة من أشخاص طبيعية أو معنوية والتي يتعين من بين أعضائها محكما أو محكمين ويتم هذا التعين وفقا لشروط محددة قانونا حتى لا يتم ردهم واستبعادهم.

1– تشكيل الهيئة

تتشكل هيئة التحكيم تبعا لإرادة الأطراف، ويمكن أن تتكون هذه الهيئة من شخص واحد أو عدة أشخاص، بشرط أن يكون العدد وتريا [1] ويمكن أن يتم التعيين بالاسم والصفة (كنقيب المحامين، أو نقيب المهندسين....)، وذلك في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق، كما يجوز تخويل جهة معنية للمحكمين.[2]

---

[1]– العلة من وجوب وترية العدد في المحكمين هو تفادي ما قد يحدث من مشاكل عند المداولة إذ ينقسم المحكمون عندئذ إلى فريقين متساوين فيتعذر صدور الحكم بالأغلبية تنفصل راجع ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة المكتب الجامعي الحديث 2008 ص196 وما يليها.

أنس جعفر ، العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،د.ذ.س،ص 290 و ما يليها .

[2]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة ،د.ذ.س ، ص489

يسود مبدأ الحرية والمساواة بين الأطراف إذ تهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة في عرض دعواه [1] في اختيار الهيئة التحكمية، فلا يكون لأحدهما الأفضلية على الأخر في اختيار المحكمين، فإن كانوا ثلاثة مثلا لكل طرف اختيار محكمها الخاص حتى يتولى الطرفانّ أو المحكمان المختاران اختيار المحكم الثالث والذي يسمى بالمحكم الرئيسّ أو المحكم المرجح والذي لا يتدخل إلا في حالة حدوث خلاف.[2]

ويؤخذ على فكرة ترك الأمر في اختيار المحكمين للإرادة الأطراف المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بالتبعية له، وانتمائه إليه، ويعتبر نفسه بمثابة محام يدافع عن وجهة نظره وعن مصالحه في النزاع، وهو ما يؤدي إلى اهتزاز مبدأ الحياد والاستقلال التزامه الواجب توافرها فيه [3] ولقد تم التأكيد على الطبيعة الاتفاقية في تعين المحكمين ففي الكثير من القرارات القضاء الفرنسي ولعل أبرزها القرار الشهير **uryc galeries la Fayette**[4] حيث أولى الكثير من العناية لمسألة احترام إرادة الأطراف لهذا كان يؤكد في نفس الوقت على رفض بطلان قرار التحكيم إذا كان تأسيس محكمة التحكيم يتوافق واردة الأطراف المتنازعة.[5]

---

[1] _ محمد حسين إسماعيل ، الحماية الدولية للعلامة التجارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1976 ، ص 26 .

[2] – منير عبد المجيد : التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، 1997، ص133 فيما يخص التنفيذ الجزائري راجع المادة 1017 من ق.إ.ج.م.إ "تشكيل محكمة التحكيم من حكم أو عدة محكمين بعدد فردي "

[3] – منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف 1997، ص143.

[4] – قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 13أفريل 1973 في قضية galeries Lafayette u.r.y والقرار الصادر أيضا عن محكمة باريس في 22 مارس 1983 في قضية raffineries de pétioles d'Homs راجع في هذا الشأن للمزيد من التفاصيل محسن شفيق "التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية دار النهضة العربية 1997 ص258 وما يليها.

[5] – انظر في هذا المعنى

paris 06 avril 1991, phillipe phillipe brother,orts -1990-p880 not .M.de boisseson

ولم يختلف موقف المشرع الجزائري عن الموقف الفقهي والقضائي الدوليين والأنظمة القانونية المقارنة بخصوص الطبيعة الاتفاقية لمسألة تعين المحكمين وهذا ما ظهر جليا في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تعتبر القاعدة العامة في العقود الإدارية. [1]وكذلك نص المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يمكن للأطراف تعيين المحكمين مباشرة وتعيينا مسبقا في اتفاق التحكيم وعند نشوء النزاع[2].

ولقد اتجهت غالبية التشريعات إلى تسليم بحرية أطراف النزاع في اختيار المحكم واكتفت بوضع بعض الضوابط العامة التي تضمن صلاحية المحكم للأداء مهمته [3] وهذه الحرية التي تكفلها الأنظمة القانونية المختلفة تلقي على عاتق أطراف النزاع مسؤولية اختيار المحكم الأمر الذي يقتضي صدوره توخي الحذر في الاختيار لأن نجاح التحكيم يتوقف على حسن الاختيار المحكم.[4]

كما نصت المادة 1008 فقرة 02 من ق .إ. ج.م في إطار التحكيم الداخلي "على أنه يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعينهم وأضافت المادة 1012 من ذات القانون على أنه يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم،كما أفادت المادة

[1]- تتضمن المادة 106 ق.م الجزائري مايلي :"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون"

[2]- نص المادة 1041 من القانون 09/08 على لا يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم..."

[3]- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.م.ج ، ط 03 ، 2005، ص40

[4]-ابراهيم رضوان الجعبير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ، 2009، ص20

976 فقرة أولى من ذات القانون أنه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية".

وعليه يخضع تشكيل هيئة التحكيم دائما للإرادة الأطراف المتنازعة وهذه الهيئة تحدد في منازعات الصفقات العمومية بجهة القضاء الإداري إذ اكان هذا التحكيم سيجري في الجزائر.

كما نصت المادة 1014 من ذات القانون على أنه لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوق مدنية وإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعين عضوا أو أكثر من أعضاءه بصفة محكم.

لكن قد يكون هناك حالات يتعسر فيها تشكيل محكمة التحكيم هذا ما قد يعترض تطبيقه، لتفادي ذلك عالج المشرع الجزائري الأمر بالتصدي له من خلال ق. إ.ج.م.إ وعالج الإشكال قبل ظهوره ويكون ذلك إذا ظهرت صعوبة في تعيين المحكمين فإن الطرف الذي يهمه التعجيل له أن يقوم برفع الأمر لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم طبعا إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أما في حالة إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن للطرف الذي يهمه التعجيل رفع الأمر لرئيس محكمة الجزائر [1] وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم لأول الاختصاص إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ.[2]

[1]- راجع المادة 1041 الفقرة 2 من القانون ذاته

[2]- راجع المادة 1042 من ذات القانون .

2 – الشروط الواجب توافرها في أعضاء الهيئة

نقصد بهيئة التحكيم المحكم أو المحكمين، لذلك لما كانت الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة فإن هذا المحكم الذي سيتولى الفصل في الخصومات عليه أن يتمتع بمؤهلات تؤهله على تحقيق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع خصوصا وأنه هو الشخص الذي أولوه ثقتهم.

لذلك وجب أن تتلاءم المؤهلات المتطلبة فيه مع صفاته حتى يتمكن من أداء مهمته وعليه يمكن أن نميز هذه الشروط في ما يلي:

أ -أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

لأنه سيفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق؛ وما من شخص معنوي إلا وله شخص يعبر عنه هذا ما جمعت عليه معظم التشريعات .

ب – توافر الأهلية القانونية

وهذا ما أجمعت عليه أيضا غالبية الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم [1] بصفة عامة توافر الأهلية المدنية للحكم التي تمكنه من صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بمعنى صلاحية المحكم في مباشرته حقوقه المدنية[2].

[1] – من أمثلة هذه الأنظمة والقوانين المادة 02/168 من قانون المرافعات اللبناني المادة 451 من قانون المرافعات الفرنسي .

[2] – ينبغي أن يعطي لمفهوم الحقوق المدنية مفهوما واسعا، فلا يكون المحكم محروما منها بسبب عقوبة جنائية أو إفلاس أو محجوزا عليه .

ج – استقلال وحياد المحكم

هذه الصفة التي تعد شرطا وضمانة رئيسية للاستمرار إجراءات التحكيم واحترام حكم التحكيم بعد صدوره[1].

ونقصد هنا باستقلال المحكم هو انتفاء صلة المحكم بالنزاع وموضوعه وأن لا تكون له مصلحة فيه، أو ارتباط بأي من الأطراف ،فالمحكم باعتباره قاضيا لا يجوز أن يكون طرفا في النزاع بأي شكل من الأشكال وله مصلحة فيه بأي وجه أما الحياد هو عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أي من الطرفين[2] ،أي نعم المشرع الجزائري لم يرد هذا الشرط بالشكل الصريح في مواده إلاّ أنّه يمكن استنباطه من أحكام القانون 08-09 لذلك تبقى مسألة الاستقلال والحياد مسألة نسبية يرجع تقديرها للأطراف.

د – توافر المؤهلات العلمية والاختصاص

ويشمل هذا الشرط كل ما يتعلق بالرصيد العلمي للمحكم لأن نجاح التحكيم يتوقف على القيمة العلمية للمحكم وتخصصه في النزاع المعروض عليه.

فمن البديهي أن يختار طريق النزاع محكمين ذوي خبرة ومؤهلات علمية مقبولة لضمان السير الحسن لعملية التحكيم، فقد يستدعي الحال مثلا في عقد الأشغال أن يكون المحكم مهندسا وخبيرا إذا تضمن النزاع الواجب هندسة حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم

---

[1] – ابراهيم رضوان الجعبير، المرجع السابق، ص208.

[2] – مُحَمَّد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات البغدادي، 2008، ص543.

يحقق به العدالة المنشودة بين أطراف النزاع وحتى تتمكن هذه الهيئة للتحكيم الفصل في العناصر الفنية للنزاع بإنزال القانون على معطيات والوقائع ووزن الأدلة القانونية بميزان القانون.

فالمحكم باعتباره قاضي للوقائع والقانون فإنه يجب أن يكون ملمًا بنظرية العقد وأصولها وأسسها القانونية وقواعد الإثبات فيها ونظرياته العامة كما يستطيع أن يستمد اقتناعه من الأدلة المقدمة من الأطراف [1] فالفصل في منازعات الصفقات الدولية تتطلب الدراية باللغات الأخرى حتى يتمكن أيضا هذا المحكم من الاطلاع على المستندات وكذا المذكرات المقدمة من طرف الأطراف والمراجع ذات الأهمية في حسم النزاع؛ وعليه يمكن رد المحكم في الحالات الآتية:

- عدم توافر المؤهلات التي أتفق عليها من قبل الأطراف.
- التأكد من وجود شبهة في الاستقلالية كوجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف سواء بالطريق المباشر أو عن طريق وسيط
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
- وإذا ظهر سبب من هذه الأسباب وجب تبليغ التحكيم والطرف الأخر دون تأخير بذلك، وفي حالة النزاع وكان نظام التحكيم لم يتضمن كيفيات تسويته أو لم يتبع الأطراف التسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.[2]

[1] -Douglas (A) Stephenson :practice in construction contrat third éd ,p28

[2] - راجع المادة 1016 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية

ويلزم المحكم أو المحكمين بإتمام مهمتهم التي شرعوا فيها حتى إنهاء أجلها ولا يجوز عزلهم خلال هذا الأجل حتى باتفاق الأطراف [1] فإذا تعلق بصفة دولية أي إذا كان التحكيم دوليا وبجري بالجزائر فيقوم الطرف الذي يهمه التعجيل برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.[2]

تسري الخصومة التحكمية في مجال الصفقات العمومية وفقا للآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية ما لم يتفق الأطراف خلاف ذلك وهذا تطبيقا لنص المادة 1019 من ق. إ.ج.م.إ هذا الأخير الذي حدد أيضا جملة من الإجراءات التي ألزم إتباعها أثناء النظر في النزاع من طرف هيئة التحكيم. ابتداء من طرح النزاع أمام هيئة التحكيم إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم الصادر عنها طبعا بعد مراعاة النظام القانوني الجزائري خاصة في مجال منازعات الصفقات العمومية.

ثانيا– طرح النزاع وإحالة القضية على المداولة

يتم الوصول إلى الحكم التحكيمي بعد طرح النزاع وإحالة القضية على المداولة.

1 – طرح النزاع

يطرح النزاع أمام هيئة التحكيم بعد استكمال الشروط الشكلية والموضوعية، تتمثل الشروط الشكلية في الكتابة أما الموضوعية فتتمثل في الأهلية، الرضا، المحل التشكيل الصحيح

[1] – راجع المادة 1018 من القانون نفسه

[2] – راجع المادة 1014 فقره 02 من القانون ذاته

لهيئة التحكيم هنا يكون بمقدور الخصوم مباشرة الإجراءات التحكمية أمام هيئة التحكيم التي تقوم بممارسة مهامها في النظر في النزاع المطروح أمامها بحضور الأطراف النزاع التي أخطرتهم بمواعيد الجلسات التي تقرر عقدها قبل التاريخ بوقت كاف وفق قواعد وشكليات تحكم هذه الجلسات أمام القضاء.[1]

إذا كان التحكيم دوليا يتم التميز فيه بين حالتين هما:

الحالة الأولى: أن تكون الإجراءات الممارسة في الخصومة مضبوطة باتفاقيه التحكيم إما مباشرة أو استنادا إلى نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

الحالة الثانية: أن لا تكون هذه الإجراءات قد وردت في اتفاقية التحكيم هنا يتم ضبط هذه الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف وفي الاتفاقية التحكيم وإن لم تنص هذه الأخيرة على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة إلى قانون أو نظام معين.[2]

كما أن هيئة التحكيم في المنازعات الدولية هي التي تتولى البحث عن الأدلة [3] وإن اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو الأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة

[1]- حسن هند مُحَمَّد ، التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية ، مصر ،2004، ص137

[2]- راجع للمادة 1043 من ق.إ.ج.م.إ

[3]- راجع المادة 1047 من ذات القانون

وللطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكم التحكيم أن يطلب بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق قانون البلد القاضي.[1]

ولقد خول قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحكمة التحكمية أن تتخذ تدابير مؤقتة لتنظيم حالة مستعجلة مثلا أو تدابير تحفظية لحماية أموال أو لصون حقوق أو غير ذلك حتى صدور قرار تحكيم نهائي بعدما كانت هذه التدابير من اختصاص القاضي، غير أن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم وعليه فإن غالبية إجراء هذه التدابير تخضع للإرادة الأطراف وبالتالي في حالة رفض أحدهم الامتثال لذلك يمكن للمحكم طلب مساعدة القاضي المختص وبهذا الصدد فإنه يطبق القانون الخاص به.[2]

ويكون لهيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير شفوي أو مكتوب في النزاع حيث تقوم بإخطار طرفي النزاع بما احتواه هذا التقرير مع إتاحة الفرصة لهما للإبداء ملاحظتهما لما ورد به.[3] كما يقوم جميع المحكمين بإنجاز أعمال التحقيق والمحاضر إلا إذا كان الاتفاق يجيز سلطة ندب أحدهم للقيام بذلك [4]كما تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها قبل أي دفاع في الموضوع.[5]

---

[1]- راجع المادة 1048 من ذات القانون

[2]- عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص50-15

[3]- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية ،دار الكتب القانونية ، مصر 2006، ص351

[4]- راجع المادة 1020 من ق.إ.ج.م.إ

[5]- راجع المادة 1044 من ذات القانون

2- إحالة القضية على المداولة

ويقصد بذلك حجز القضية للفصل فيها إذ تخرج من أيدي أطرافها لتصبح بإحدى المحكمين القضاة للمداولة فيها تنتهي بغلق باب المرافعة لإجراء المداولة.

أ-غلق باب المرافعة

بعد أن تستوفي جميع مداخل إجراءات التحكيم وبعد أن يقدم أطراف الخصومة دفعاتهم ويرى المحكمون أن القضية كانت جاهزة للفصل فيها يتم إحالتها للحكم فيها سواء بتحديد تاريخ النطق بالقرار أو الحكم أولا. هنا تنقطع صلة الخصوم بالقضية ويختص المحكمين بالنظر في الطلبات من أجل إعطاء حكم منهي للخصومة. وهنا يلتزم الأطراف باحترام الآجال الممنوحة لهم لتقديم طلباتهم ودفعوهم قبل الإحالة للمداولة

ويمنع أي تلاعب ومماطلة وغلق باب المرافعة لا يعتبر قرارا بات لا رجعة فيه إذ يمكن أن يفتح من جديد للاستكمال تقديم بعض المستندات أو توضيح بعض النقاط وتقديم إثباتات التي من شأنها تبديل وجهات النظر الرامية لكشف الحقيقة.

ب-إجراء المداولة

وهو مناقشة النزاع بواسطة هيئة المحكمة والتي تكون نهائية بالوصول إلى حكم في القضية طبعا بعد فحص جميع الوثائق الموجودة في ملف الدعوى [1] وهي إجراء جوهري لصحة إجراء إصدار الحكم التحكيمي وهي واجب بالرغم من غياب النص الصريح الذي يقر بذلك،

[1] -Vincent et chinchard (s) :procédure civils 25eme éd dallez ;p120

فالقانون الجزائري سكت عن ذلك ولم يبين كيفية إجرائها تاركا أمرها لمحكمة التحكيم لكن نص المادة 1025 من ق. إ.م.إ أو جب أن تكون مداولات المحكمين سرية.[1]

وعليه قاعدة السرية إلزام يقع على المحكمين والقضاة ودونما حاجة إلى نص خاص يقضي بذلك ولكن لا يترتب على إفشاء هذه السرية بطلان قرار أو حكم التحكيم.

وفي حالة إفشاء السر في الصفقة العمومية فإنه يتم تسوية تحكيما على أساس الصفقات العمومية هي عقود إدارية ذات حساسية خصوصا اتصالها بالمال العام وأهمية أطرافها المتعاقدة لذا تعتبر السرية أمر مهم وعليه يترتب على إفشاء السر في حالة بطلان الحكم أو القرار التحكيمي بل ومعاقبة المحكمين أيضا.

كما تعتبر المداولة ضمان من ضمانات التقاضي ومن القواعد الأساسية في إصدار الحكم تتعلق بالنظام العام وعدم الالتزام بها يعرض الحكم للإبطال.[2]

الفرع الثاني: الحكم أو القرار التحكيمي

بعد انتهاء هيئة التحكيم من النظر في النزاع فإنها تبت في موضوع النزاع بحكم تحكيمي قائم على الطلبات المقدمة له أثناء التحكيم. [3]وتسهيلا لعملية التنفيذ بالنسبة للرقابة القضائية ألغى صراحة المواد 452 و453-455 مكر ر من ق. إ. ج.م القديم وحلت محلها المادة

[1]- راجع المادة 1025 من ق.إ.ج.م.إ .

[2]- خليل بوصنوبرة ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه والعلوم القانونية جامعة منتوري قسنطينة 2007-2008 ،ص86-93

[3] -Ray turmer arbitrationa ward : practical approch black well publishing,oxfrod, ukferst éd,2005 p p 3,4

1035-من ق. إ.ج.م.إ بالنسبة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية والمادة 1054 ق. إ.ج.م.إ لتنفيذ الأحكام التنفيذية الدولية واعتبر المواد القانونية القديمة غامضة وغير واضحة تدفع القضاء إلى التأويل والتفسير لتحديد ما هو الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ وما هو الغير قابل لذلك و هذا ما سنحاول التطرق إليه في البند الأول أما البند الثاني سنخصصه لدراسة الطعن في هذا الحكم التحكيمي .

أولا- تنفيذ الحكم التحكيمي

لصحة الحكم التحكيمي سواء كان داخليا أو دوليا فإنه لابد أن يكون قطعيا منهيا للخصومة التحكيمية حائزا لحجية الشيء المقضي فيه بحيث لا يمكن نقض حقيقته وفي هذا الصدد نصت المادة 1031 من ق. إ.ج.م.إ "تجوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه" فإذا صدر الحكم وكان قطعيا ونهائيا وحاز على حجية الشيء المقضي فيه فإنه يكون بحسب الأصل ملزما للأطراف يستدعي المهر بالصبغة التنفيذية.

1- تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي

لتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي هناك إجراءات يتوجب إتباعها في طلب تنفيذ تبدأ بإيداع أصل الحكم التحكيمي ثم تحضير عريضة طلب الأمر بالتنفيذ مرفقة بالوثائق الضرورية وأساسها أصل الحكم التحكيمي من الطرف الذي يهمه التعجيل. ذلك لأن المشرع أخذ بفكرة القضاء الولائي واعتبر الإجراءات التي يباشرها صاحب المصلحة ولو في غياب الطرف

الأخر وأن الأصل الموافقة على طلب التنفيذ والاستثناء هو رفض الأمر الذي دفع المشرع إلى إعطاء حق الاستئناف لطالب التنفيذ وليس للمطلوب ضده التنفيذ.

وبالرجوع إلى المادة 1035 نجد أنها جاءت في فقرتها الأولى تنص على ما يلي "بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ....."

بمعنى جاءت لتؤكد على تحديد الجهة القضائية المختصة في إعطاء الصبغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي.

فالنسبة للاختصاص المحلي فيتحدد بمحكمة مقر صدور الحكم التحكيمي لا مقر التنفيذ لأن الغرض من هذه الإجراءات هو مجرد وضع الصبغة التنفيذية لا غير أما التنفيذ المباشر فإنه يكون في مقر تواجد محل التنفيذ الأموال الأعمال....إلخ

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فإنه من الضروري على طالب التنفيذ أن يقدم طلبه ووثائقه لدى رئيس المحكمة الصادرة بدائرة اختصاصها الحكم التحكيمي الداخلي لا الأقسام الأخرى كأن يقدم أمام القسم المدني أو القسم التجاري مثلا.

يجعل الآمر بالتنفيذ الصادر من رئيس الجهة المختصة الحكم التحكيمي الداخلي مدرج ضمن النظام القضائي الجزائري ويكتسب القوة التنفيذية التي كان يفقدها قبل الأمر رغم الحجية التي اكتسبها بمجرد صدوره وأصبح في مرتبة الأحكام القضائية الجزائرية. وبناء على الأمر بالتنفيذ السالف الذكر يقوم رؤساء الأمناء الضبط لدى المحكمة بتسليم الصيغة تنفيذية الرسمية للحكم التحكيمي الداخلي لمن طلبها وهنا يجب التفرقة بين الأمر بالتنفيذ الذي يقوم به

رئيس المحكمة المختصة بإصداره والصيغة التنفيذية الرسمية التي يعدها رئيس الكتاب والتي هي مثلها مثل الصيغة التنفيذية الخاصة بالأحكام القضائية.[1]

وفيما يخص المواد المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية 1035 - 1037 بالرغم من أنها جاءت خالية من الرقابة القضائية ولم تتطرق أصلا إلى شرط الأمر بالصيغة التنفيذية إلا أن طرق الطعن كانت بمثابة رقابة قضائية باعتراض الغير الخارج عن الخصومة الاستئناف الطعن بالنقض كما هو منصوص عليه في المواد 1032-1033-1034 ق. إ. ج. إ

2 - تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

أوجب القانون للاعتراف بالقوة التنفيذية للحكم التحكيمي صدور أمر بتنفيذه من جانب القضاء العام في الدولة [2] وبعبارة أخرى القوة التنفيذية يستمدها الحكم التحكيمي من القضاء رسمي الذي يستمد هو الأخر قوته من السلطة العامة مع العلم أن الحكم سواء كان قضائيا أو تحكيميا ليس له القوة التنفيذية ما لم يكن يقضي بإلزام المحكوم عليه بشيء يمكن تنفيذه جبرا وهو ما يعرف بحكم الإلزام أما الأحكام المقررة أو الأحكام المنشئة فهي لا تدخل ضمن السندات الاتفاقية.[3]

---

[1]- المادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية بالصيغة التنفيذية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف ".

[2]- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، 1999، ص217

[3]- فتحي والي، التنفيذ البحري، مطبعة جامعة القاهرة ، ط02 ، 1975 ص31 .

يصدر أمر التنفيذ من قضاء الدولة، وهو الذي يصبغ على الحكم التحكيمي قوته التنفيذية، وذلك لتحقيق نوعا من الرقابة قبل تنفيذه [1]، والمشرع الجزائري على غرار معظم الدول المنظمة لاتفاقية نيويورك 1958، سن نصوصاً خاصة بالتحكيم الدولي [2] وأسند الاختصاص إلى القضاء الوطني وفرق بين حالة ما إذا جرى التحكيم الدولي في الجزائري وما إذا جرى هذا التحكيم خارج الجزائر.

أ–الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر

نصت المادة 1051 /2 من ق. إ.ج.م.إ على أنه تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني."

وتبين لنا من خلال المادة أن المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ وحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع التحكيم الدولي الذي يعود لرئيس محكمتها فحص الوثائق الضرورية بداء بأصل الحكم التحكيمي الدولي واتفاقية التحكيم وضرورة ترقيمها في حالة عدم تحديديها باللغة العربية، مع مراعاة عدم المبالغة

ب– الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر

[1]– منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، المرجع السابق ، ص423 .

[2]– راجع المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 .

نصت المادة 1051 من ق. إ.ج.م.إ على "...أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة موجودا خارج الإقليم الوطني"

على خلاف التحكيم الدولي الصادر في الجزائر فإن التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر يكون رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص محليا ونوعيا بإصدار أمر بالتنفيذ والمشرع الجزائري انفرد بهذا الاتجاه وأخذ بمكان التنفيذ وأبقى دائما الصلاحيات لرئيس المحكمة الذي هو مختص أصلا في القضاء الاستعجالي.

وهو أيضا مختص في جميع الإشكالات الخاصة بالتنفيذ لكن هذا لا يعني أن الأمر بالتنفيذ المتعلقة بحكم التحكيم الدولي له علاقة بإشكالات التنفيذ العادية بل هو اختصاص نوعي مستقل خارج عن الاختصاص العام لرؤساء المحاكم وهو اختصاص منظم بمادة خاصة لا علاقة لها بإجراءات التنفيذ العادية [1] والمشرع الجزائري عندما اختار مكان التنفيذ بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الخارج كان قد اختار حلا سلميا وموضوعيا، لأنه بهذا الاتجاه يوفر على صاحب التنفيذ الجهد والتكاليف، كما سهل الأمر على الجهة القضائية المانحة للأمر للاتخاذ أي إجراء واجب اتخاذه أثناء عملية التنفيذ.

وحتى يكون لهذه الأحكام التحكيمية مكانة تنظيمية كان لابد أن تودع لدى أمانة الضبط بمجرد صدورها، ذلك لأن الإيداع يعد وسيلة ضغط ضد الطرف الخاسر الذي يحمله على التنفيذ الحكم التحكيمي و الإيداع لا يحتاج إلى رقابة موضوعية ولا تشكيله معينة بل

[1] – راجع المادة 1051 من ق.إ.ج.م.إ .

يكفي التسليم لأصل الحكم التحكيمي الدولي أو الصورة المعتمدة منه، ولا يحتاج إلى رئيس المحكمة ولا إلى أي قاضي فهو من اختصاص الكاتب لا غير [1] هذا ما تم تأكيد عليه من خلال المادة 1035 من ق. إ.ج.م.إ فهو أمر وجوبي سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا.

3 – سلطات القاضي الآمر بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي

هناك فرق بين الاعتراف بحكم التحكيم وبين تنفيذه فقد يعترف بالحكم التحكيمي ولكن لا ينفد ولكن إذا ما نفذ فإنه من الضروري أن يكون قد تم الاعتراف من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية.

فالاعتراف بالحكم التحكيمي يعني أنه صدر صحيحا وملزم للأطراف والتنفيذ يعني الطلب من الطرف الذي صدر الحكم ضده تنفيذ ما جاء به الحكم التحكيمي وفي حالة امتناعه يجب إجباره على ذلك بمقتضى قانون بلد التنفيذ.[2]

إذا ما موقف القاضي من طلب الأمر بالتنفيذ؟ هل تكون سلطته شكلية أم أنها تتدخل في الموضوع وتراقب عمل هيئة التحكيم من حيث الحق والعدل والقانون؟

إن اللجوء إلى القضاء للأمر بالتنفيذ حكم التحكيمي دولي هو وسيلة لقضاء الدولة للتأكد من مدى احترام المبادئ الأساسية للقضاء من قبل المحكمين [3] فهي رقابة هناك من كيفها علي أنها مجرد فحص موضوعي فإن تم تجاوز الأمر أعتبر مساس بروح التحكيم [4]، ذلك

---

[1] – عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ط02، 2002، ص195-198

[2] – فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص359.

[3] -D.omorzahi-létat de l'arbitrage.o.p4-alger-publisud-paris-1979-p175 mabroukine – A-droit applicable aux march est internationaux des operation

[4] -Public algriens et arbitre thèse doctorat,paris 11-1981p500

لأن القاضي وهو ينظر في طلب الأمر بتنفيذ لا يمارس رقابة القضاء على موضوع النزاع لصحة ما قضى به الحكم من حيث القانون أو العدالة وإنما مهمته تقتصر في بحث الشروط الشكلية والتصدي للدفوع النزاع كأن يصلح خضوعه للتحكيم أمر لا؟ واحترام الدفاع ومن بين هؤلاء الفقهاء أ. د مُحَّد شحاته[1]

ثانيا– الطعن في أحكام التحكيم وفق القانون

إن من أهم المسائل التي ينتظرها المعنيون بالتحكيم عند إصدار أي تشريع جديد يخص هذا النظام هي طرق الطعن في حكم التحكيم [2] باعتبارها من أهم المسائل التي تبين مدى القوة التي تتمتع بها أحكام التحكيم، والتي تؤثر بشكل كبير ومباشر على فاعلية هذا النظام ومدى إقبال المتقاضين عليه .....فهل تقبل أحكام هذا التدبير الطعن فيها أمام القضاء؟ وإن كان ذلك ما هي طرق الطعن فيها؟

تحكم الإجابة علي التساؤل اعتباران هما، يتمثل الأول في ضرورة فتح باب المراجعة ضد حكم تحكيمي كونه عمل صادر عن إنسان هذا الذي لا يخلو من السهو والخطأ لذا كان من الضروري إخضاع أحكام التحكيم للطعن فيها بقصد مراجعتها حفاظا لحقوق المتقاضي الذي يتضرر من سهو المحكمين وأخطائهم. أما الثاني فيتجسد في عدم التوسع في طرق الطعن ضد أحكام التحكيم مراعاة للطبيعة الخاصة لهذا النظام والغرض من اللجوء إليه فقط قصد الخصوم اللجوء إلى التحكيم و البعد عن القضاء بما يحتويه من تنظيم إجرائي للخصومات التي

[1]– راجع ممدوح عبد العزيز، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، المرجع السابق، ص286.

Ph-fourchard .E.Gaillardoldmame traité de l'arbitrage commercial international p911

[2] -Marie chaire rondeau-riner, l'arbitrage la décision arbitrage voies de recours _J_ cl prac-civ 1986-p56

ترفع أمامه و بغية فض النزاع الناشئ بينهم عن طريق محكمين متخصصين في جو من السرية بعيدا عن أجواء المحاكم و تعقيداتها. ومن هنا تبدو المسلمة الأولى في هذا الشأن، وهي أنه وإن كان من الواجب فتح باب الطعن ضد أحكام التحكيم والغرض من اللجوء إليه وبهذا يتحقق التوازن بين الاعتبارين السابقين.[1]

لقد نص المشرع الجزائري في القانون 08-09 على إمكانية اللجوء إلى عدة طعون نذكر منها ما يلي:

1 – الطعن باستئناف

نصت المادة 1055 من القانون رقم 08-09 على ما يلي "يكون الأمر الثاني بالرفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف يكون موجها ضد الأمر لا ضد الحكم التحكيمي"كما نصت المادة 1056 على أنه لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في ....."، على هذا الأساس فالأمر الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ يكون قابلا للاستئناف. هنا كذلك لا يخص الاستئناف الحكم التحكيمي ولكن الأمر بالاعتراف أو التنفيذ حيث يكون الحكم الذي يرفض أو يسمح بالاعتراف أو التنفيذ قابلا للاستئناف أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع مادام الطلب بالاعتراف أو التنفيذ يرفع أمام رئيس المحكمة [2]أما المهلة فهي شهر ابتداء من التاريخ الرسمي للأمر رئيس

[1]– أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية القاهرة ، 2002 ، ص217 .

[2]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص66.

المحكمة حسب ما جاء في المادة 1057 الاستئناف الوارد في المادتين 1055-1056 يخص أحكام التحكيم الصادر بالتاريخ أما الطعن بالبطلان فيخص الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر.

كما نصت المادة 1056 على أنه".....لا يجوز استئناف لأمر القاضي بالاعتراف بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية بحكم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم وتعين المحكم الوحيد مخالفا للقانون
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما تخالفه المهمة المستندة إليها
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهة
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمه، إذا وجب تناقض في الأسباب
- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي"

ومنه تعددت الحالات التي يمكن على إثرها اللجوء إلى الاستئناف[1]

[1]- المشرع الجزائري سار على سن خطى المشرع الفرنسي وبالتحديد المادة 1502 والتي عدد فيها 05 حالات للاستئناف إلى جانب المشرع السويسري في المادة 190 وهي الإحدى05 حالات .

2- الطعن بالنقض

نصت المادة 1061 على أنه 'تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض. يكون الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا الجزائرية.

وقد نصت المادة 358 من القانون رقم 08-09 على انه "لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية....."

السؤال الذي يطرح يمكن في معرفة على أي وجه من الأوجه يؤسس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هل يكون ذلك على أساس الأوجه الواردة في المادة 1056من القانون رقم 08-09 أم على أساس أوجه المادة 358 من نفس القانون ؟

إن سكوت النص على تعين الأوجه التي يؤسس عليها، الطعن بالنقض يعني أن الأوجه الواردة في المادة 358 هي التي ستتم العمل بها ما دام الطعن بالنقض موجه للأحكام قضائية صادرة عن المجالس القضائية الجزائرية.

وفيما يخص الأثار المترتبة عن الطعن نصت المادة 1060 على أنه "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055-1056-1058 تنفيذ أحكام التحكيم "يعني أن الآجل المحدد لتقديم الطعون يكون موقفا لتنفيذ الأحكام التحكمية. بالنسبة للاستئناف الموجه ضد الأمر بالتنفيذ فإن رفضه يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم

التحكيمي، إذا لم يكن موضوع أمر التنفيذ سابقا أما إذا كان قد حاز على الأمر بالتنفيذ فإن الرفض يؤدي إلى إنهاء توقيف التنفيذ.[1]

وبالتالي فإن التحكيم في مجال الصفقات العمومية له إطار عام مقرر بالقواعد العامة وإن تنظيم الصفقات العمومية قد أحال إليه بصفة ضمنية في المواد السابق شرحها.

[1]- عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص66

الفصل الثاني: التسوية القضائية للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية

من المؤكد أن السيا ج الحمائي الذي رسمه المشرع للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية. والذي جسده في ضمانات تشريعية تمكنه من ممارسة مهامه بكل راحة واطمئنان، ما يبعث لديه الشعور بالثقة في الإدارة التي تعاقد معها خصوصا في اقتضاء حقه أو حقوقه التي هي بمثابة التزام يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة. لكن هذه الحلول الودية التي ساعدته كثيرا في ربح الوقت والابتعاد عن التعقيدات، لا تعني الاستغناء عن رقابة القضاء الإداري إذ أستقر فقه القانون العام على أنه الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية الذي يتحقق بإخضاع تصرفات الإدارة العامة لرقابة القضاء، وهذا حتى يكتمل نظام دولة القانون وتبرز أكثر المبادئ التي ارتكز عليها، إذ يعد القضاء الإداري أحد أهم الضمانات الممنوحة من أجل وقف هذه الإدارات عند حدها وإعادتها إلى الطريق الذي حدده القانون، أو إذا تمادت في التعسف بعد وقوعه، لذلك فإن كانت الضمانات التشريعية تجسد قواعد العدالة الناعمة من خلال حماية هذا المتعامل إداريا، فإنها قد تنعدم فاعليتها إذا لم توجد آليات قضائية تسهر على ضمان احترامها.

وفي هذا الإطار يلعب القضاء الإداري دورا هاما في تكريس هذه الضمانات من خلال الرقابة القضائية التي تمارسها على القرارات الإدارية وخاصة التي تكون خلال مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية سواء من قبل قاضي الموضوع أو من قبل قاضي الاستعجال حيث تناول المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 946 من ق إ م إ الاستعجال في مجال الصفقات

العمومية أثناء مرحلة الإبرام، ذلك ما دعانا لبحث إمكانية لجوء المتعامل المتعاقد لهذا المسلك أثناء مرحلة التنفيذ.

هذا ما سنحاول تبيانه من خلال التعرض للحماية القضائية الإدارية المستعجلة (المبحث الأول) والحماية القضائية الإدارية الموضوعية للمتعامل المتعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الحماية القضائية الإدارية المستعجلة للمتعامل المتعاقد

يعد القضاء الإداري الاستعجالي فرعا من القضاء الإداري، الغاية منه التدخل السريع بهدف اتخاذ تدابير عاجلة تبرّرها حالة استعجال [1]، باعتباره مسلكا قضائيا مخصصا لتوفير حماية مؤقتة وسريعة للمراكز الحقوقية في مواجهة ما يهددها من أثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع ، لذلك فهو يختلف عن مسالك قضاء الموضوع .

وللوقوف على دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية المتعامل المتعاقد كان لزاما علينا التطرق إلى شروط قبول الدعوى الاستعجالية وكذا الإجراءات المتبعة وفقا لما يأتي:

[1]- عبد القادر عدّو ، المنازعات الإدارية ، دار هومة ، 2012 ، ص 245 .

المطلب الأول: شروط قبول دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد

باعتبار أن الدعوى الاستعجالية وسيلة خوّلها المشرع للمتقاضي لحماية حق وقه بصفة مؤقتة فكان ينبغي استيفاء شروط معيّنة لقبولها ، حيث يجب على المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مراعاتها لقبول دعواه والتي تنقسم إلى شروط عامة أين تشترك فيها جميع الدعاوى عموما (الفرع الأول) وشروط خاصة بالدعوى الاستعجالية أثناء مرحلة التنفيذ (الفرع الثاني) كما يأتي :

الفرع الأول: الشروط العامة

كسائر كل الدعاوى ينبغي توافر جملة من الشروط لقبولها، منها ما يتعلق برافع الدعوى ومنها ما يتعلق بالعريضة كما يأتي:

أولا: الشروط المتعلقة برافع الدعوى

تتمثل الشروط التي يجب توافرها في رافع الدعوى فيما يلي:

1- الصفة

تعتبر الصفة الشرط الأول في قبول الدعوى، ذلك ما يدعونا لتحديد مفهومها ثم التطرق لحالاتها كما يأتي:

أ– مفهوم الصفة

ويقصد بالصفة أن يكون صاحب الحق محل الاعتداء هو الذي يباشر الحق في رفع الدعوى التي ترفع من أجل تقرير هذا الحق أوحمايته[1] .

كما يعرّفها البعض بالسند القانوني الذي يمنح للمدعي أمام القضاء القدرة على الادعاء بمعنى الترخيص[2] .

إذ تكون الحماية القضائية لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه[3].

وللإشارة فإنّه يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق المعتدى عليه في مواجهة الشخص المعتدي و يعبر عن هذه المعادلة بأنّه يجب أن ترفع الدعوى من ذي الصفة على ذي صفة [4].

حيث اشترطها المشرع الجزائري في طرفي الدعوى أي المدعي والمدعي عليه كما اعتبرها من النظام العام، يثيرها القاضي تلقائيا وفقا لما ورد بالمادة 13 من ق إ م إ .

ومن أهم تطبيقاتها في القضاء الإداري الجزائري نذكر القرار الصادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة بتاريخ 2003/05/06 تحت رقم 013334 قضية وزير المالية المديرية العامة للأملاك الوطنية ضد (ح.ر) ومن معه مدير أملاك الدولة ومدير الحفظ العقاري بالولايات يتمتعون بصفة التقاضي لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوي المرفوعة أمام العدالة اعتمادا

[1] – الغوثي بن ملحة ،القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 02، 2000، ص 236

[2]– عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الطبعة03، 2012، ص 68 .

[3]– عمر زودة ،الاجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، ENCYCLPEDIA ، د.ذ.س ص 87 .

[4]– عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 88 .

على المادة 184 من المرسوم 91-454 والمادة 02 من القرار الوزاري المؤرخ في 1992/02/20 .[1]

وفي القرار الصادر بتاريخ 2000/02/14 رقم 182149، حول صفة التقاضي لدى مديرية الأشغال العمومية على مستوى الولاية، إذ لم يعترف لها بصفة التقاضي، على اعتبار أن المديرية تقسيم إداري متخصص داخل الولاية، وليس له أية استقلالية وهي تابعة للولاية وبالنسبة فإن مديرية الأشغال العمومية ليست لها شخصية معنوية تسمح بأن تتقاضي وحدها.

ب- حالات الصفة

تتنوع حالات الصفة ما بين الصفة العادية والصفة الإجرائية كالآتي :

ب-1- الصفة الأصلية

يقصد بالصفة الأصلية أن يقوم صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه بر فع الدعوى بنفسه[2]، إذ يمكن للمتعامل المتعاقد المتضرر من تصرف الإدارة المتعاقدة أن يلتمس من القاضي الإداري الاستعجالي أن يتخذ التدابير المستعجلة.

ب-2- الصفة الإجرائية

تتمثل الصفة الإجرائية في صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية باسم غيره، إذ قد يقع اعتداء على حق الشخص أو مركزه القانوني مما ينشأ معه الحق في رفع الدعوى ،غير أنّه

[1]- مجلس الدولة ، ع04 ، 2003 ، ص 105 .

[2]- عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 87 .

لا يستطيع استعمال حقه بنفسه أمام القضاء لوجود ظروف تمنعه قد ترجع للشخص صاحب الحق، أو للقانون أو الظروف المادية [1] .

حيث لا تثبت الصفة في الخصومة إلاّ للشخص الطبيعي كامل الأهلية لإجرائية[2].

وعليه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يوّكل بموجب وكالة خاصة من ينوب عنه لوجود مانع لديه بمباشرة الإجراءات القضائية نيابة عنه.

2- المصلحة

تعتبر المصلحة شرطا أساسيا لقبول أي دعوى سواء كانت موضوعية أو مستعجلة، مدنية أو إدارية ، ذلك ما يدعونا للتعرض لمفهومها و كذا شروطها كما يلي:

أ -تعريف المصلحة

تعتبر المصلحة مناط الدعوى، أي لا دعوى بدون مصلحة ويقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية، ويراد بها الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له قضائيا على طلباته كلها أو بعضها، أي هي الحاجة إلى الحماية القضائية[3].

وترجع العلة في اشتراط المصلحة كون أن المحاكم لم توجد لإعطاء استشارات قانونية للمتخاصمين بل لابد للمدعي من مصلحة، إذ تعتبر الضابط القانوني لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها [4] .

---

[1]- عمر زودة، المرجع السابق ، ص 91 .

[2]- عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادي ،الجزائر ،ط 04 ،2013 ص 41 .

[3]- عبد الوهاب بوضرسة ، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيقي ،دار هومة ، الجزائر ط 02 ، 2006 ،ص 62 .

[4]- خليل بوصنوبرة ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات نوميديا ، 2010 ، ص 149 .

ب – شروط المصلحة

لقبول المصلحة في الدعوى الاستعجالية يتعيّن أن تتوفر فيها جملة من الشروط و التي نوردها كما يأتي:

ب–1– أن تكون المصلحة قانونية

يقصد بالمصلحة القانونية تلك المصلحة التي يق رّ بها القانون ويحميها بصفة مجردة [1]، وفقا لما ورد بالمادة 13 من ق إ م إ بنصها: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "

وبهذا لا يحمي القضاء إلاّ المصالح التي يعترف بها القانون [2]، إذ أن أول المسائل التي يقوم القاضي وهو بصدد البت في القضية المعروضة عليه هي البحث عن وجود قاعدة قانونية التي تمنح الحماية القانونية للحق أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص [3] .

ب–2– أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة

يقصد بالمصلحة **القائمة** المصلحة التي تكون موجودة وقت رفع الدعوى وأثناء مباشرتها، بمعنى أن يكون الحق الذي تحميه موجودا ومستحق الأداء [4] ، حيث لا تتولد بمجرد

---

[1]– نبيل اسماعيل عمر ، أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، 1996، ص 250 .

[2]– عمر زودة ، المرجع السابق ، ص 66

[3]– المرجع نفسه ، ص 66 ،عن فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 02 ، 1977، ص 55.

[4]– خليل بوصنوبرة ، المرجع السابق ، ص، ص 150-151.

الادعاء بحق أو بمركز قانوني ، بل إلى جانب ذلك يجب أن يقع اعتداء عليه ، فيتحقق بذلك الضرر ليبرر طلب الحماية القضائية [1] .

وعليه إذا علق الحق على شرط واقف فلا تقبل الدعوى قبل تحققه لأن الحق في هذه الحالة محتمل الوجود، وكذلك إذا أضيف إلى أجل واقف فإنّه رغم وجوده إلا أنّه غير نافذ أما إذا حل الأجل أو كان الحق منذ نشأته منجزا فإنّه سيكون مستحق الأداء [2].

أما المصلحة المحتملة هي المصلحة التي تستند إلى اعتداء أو ضرر محتمل الوقوع إذا كانت هناك دلالات تشير إلى ذلك [3]، وفقا لما أشارت إليه المادة 13 من ق إ م إ صراحة: "..... ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة....".

إذ أرجع كل من القضاء والفقه العلّة في قبول المصلحة المحتملة في الاحتياط في عدم فقدان الحق ، وذلك باتخاذ الدعوى وسيلة للتحفظ إذا ما وجد ويخشى معه فقدان الحق أو دليله[4].

ب-3- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة

يقصد بالمصلحة المباشرة المستمدة من حالة قانونية خاصة بالمدعي أومن مركزه القانوني، أما المباشرة يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيرا مباشرا[5] .

---

[1]- عمر زودة ، المرجع نفسه ، ص 68 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 151 .

[3]- المرجع نفسه ، ص 151 .

[4]- خليل بوصنوبرة : المرجع السابق ، ص 151 .

[5]- سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعوى الإلغاء، دار الفكر العربي،1976، ص 444.

ثانيا : شروط تتعلق بالعريضة

وفقا لمبدأ الكتابة في الإجراءات القضائية الإدارية فإنّ رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية يتم بموجب عريضة مكتوبة طبقا لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،والتي تقتضي أن تتضمن جملة من البيانات أدرجتها المادتين 816 ، 817 من القانون ذاته وذلك بعرض موجز للوقائع والأوجه التي تبرر الاستعجال في القضية.

كما يشترط في العريضة المودعة أمام المحكمة الإدارية أن تكون موقعة من محام طبقا لما أشارت إليه المادة 826 من ق إم إ بنصها: " تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة " .

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية ما بعد التعاقد

يتعيّن توافر جملة من الشروط لقبول الدعوى الاستعجالية أثناء مرحلة التنفيذ كالآتي ذكرها:

أولا – شرط الاستعجال

ما يجدر التنبيه إليه أنّه لم يتم الوقوف على أي تعريف لحالة الاستعجال من قبل المشرع، إذ كعادته يترك المهمة لكل من القضاء والفقه وهذا ما سنحاول تبيانه والوقوف عليه وفق ما يلي:

1– التعريف القضائي للاستعجال

من بين التعاريف لقضاء الاستعجال التي وردت عن القضاء الإداري نذكر موقف مجلس الدولة الفرنسي، حيث جاء في قراره الشهير الصادر في 19 جانفي 2001 في قضية

الاتحادية الوطنية للإذاعات الحرة ما يلي: " يعتبر شرط الاستعجال الذي يخضع له النطق بإجراء التوقيف متوفرا عندما يضر القرار الإداري المطعون فيه بشكل جسيم و حال بمصلحة عامة، بحالة المدعي أو بالمصالح التي يدافع عنها، ويعتبر أيضا متوفرا حتى في الحالة التي يكون فيها محل القرار الإداري أو آثاره مالية، يمكن محوها عن طريق تعويض مالي في حالة إلغاء القرار"[1]

كما عرّفته محكمة النقض المصرية بما يلي: يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توفر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه يغير حق أو يمنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استعجاله إذا فات الوقت[2] .

كما حاولت المحكمة الإدارية العليا توضيح الاستعجال بقولها :"يتعين على القضاء ألا يوقف تنفيذ قرار إداري إلا عند قيام ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري حرمان المتعامل المتعاقد مثلا من فرصة الشروع في التنفيذ ولو كان الحق فيه مما يتعذر عليه تدارك النتيجة التي تترتب على ذلك، أو كما لو صدر قرار بهدم جزء من أعمال التنفيذ ففي هذه الحالات يكون ركن الاستعجال قائما، وإذا نفذ القرار المطعون فيه استنفذا أغراضه[3] .

---

[1] -Jeane Gourdou,Antoine Bourrel, les référés d'urgence devant le juge administratif, L'Harmattan,Paris,2003,p 38.

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري ، دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة ، دار هومة ، ط03، 2011 ، ص 12 .

[3]- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011، ص298 .

وقد اعتبرت الغرفة الإدارية لمجلس الأعلى (سابقا) بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 1982/06/26، أن اختفاء الأدلة المادية بعد هدم المحل حالة من حالات الاستعجال حيث جاء في حيثيات القرار:

"أن المدعي في هذه القضية موضوع الإجراءات الإدارية تستهدف إخراجه من المحل ومن ثم فمن من مصلحته الحفاظ على حقوقه المحتملة بواسطة خبرة، وذلك قبل اختفاء الأدلة المادية، خاصة وأن هدم محله سيتم مباشرة بعد إخراجه عنوة من الأمكنة التي يشغلها، ومنه فعنصر الاستعجال يتمثل في اختفاء الأدلة المادية بعد هدم المحل القائم"[1].

كما عبّرت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 22 مارس1992 عن حالة الاستعجال بقولها : " ... نكون أمام حالة استعجال كلّما كنّا أمام حالة يستحيل حلّها فيما بعد "[2] .

بمعنى لا يحتمل الفصل فيها بالبطئ المألوف لدى قاضي الموضوع كأن يتعلق بواقعة سرعان ما للغيّر معالمها ، أو خطر وشيك الوقوع يصعب جبره و يستحيل إصلاحه عند حدوثه أو فوات فرصة لا يمكن تداركها حماية لحقوق ظاهرة و الحريات الأساسية المنتهكة وكإثبات حالة مادية قد تتغيّر معالمها أو تزول مع الزمن أي أن هذه الحالة المستعجلة تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانته و الظروف المحيطة به [3]

[1]- أشار إليه بوجادي عمر، المرجع السابق ، ص298

[2]- م ق للمحكمة العليا ، ع 01 ، 1993 ، ص

[3] _ كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي ، 2012 ، ص 122 .

هذا ما عبّر مجلس الدولة الجزائري عن ذلك بالوضعية التي يصعب تداركها أو إصلاحها أو بعبارة الموقف الذي يصعب علاجه ، لذلك ما ورد في قرار صادر عنه بتاريخ 1998/10/20 والذي جاء فيه ما يلي : "حيث أن المدعون يلتمسون في عريضتهم الأصلية، وقف الأشغال التي شرعت فيها ولاية جيجل على أرضهم وحيث أن المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية نصت على أنه يكون الأمر استعجاليا بجميع الإجراءات اللازمة، دون المساس بأصل الحق إذ كان على قضاة الدرجة الأولى وفق الأشغال لتجنب جعل المستأنفون في موقف يصعب علاجه"[1].

كما ربط مجلس الدولة حالة الاستعجال بعنصر الضرر في قرار صادر عنه بتاريخ 2000/12/20 بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة كورديال ضد والي ولاية وهران حيث قضى بما يأتي:" حيث أنّه في هذه الظروف فإن توقيف تفريغ الباخرة منذ 02 نوفمبر 2000 قد تسبّب ويسبب يوميا في تكاليف معتبرة تسدّد بالعملة الصعبة ، كما أنّه من المحتمل جدا أن يؤدي إلى تلف البضاعة المحمولة نظرا للظروف الخاصة بتخزينها داخل الباخرة، مما يجعل عنصر الاستعجال متوفر في قضية الحال، ويفيد أن قاضي الاستعجال مختص لأخذ التدابير المنصوص عليها في المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية وهذا لوضع حد للأضرار الراهنة إلى حين الفصل في الموضوع "[2] .

---

[1]- م ق المحكمة العليا ، ع 02 ،1991 ، ص171.

[2] – أشار إليه بلعابد عبد الغني ، الدعوى الاستعجالية الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر ، دراسة تحليلية مقارنة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المؤسسات السياسية و الإدارية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون العام ،2007- 2008 ، ص 14 .

وتأكيدا على ذلك قضى أيضا في قراره الصادر بتاريخ 2000/09/25 في قضية أرملة حداد ضد رئيس الدائرة الحضرية للجزائر الوسطى بعدم الاختصاص بسبب أن عنصر الاستعجال غير متوفر بالنظر إلى أن المدعية لم تقدم ما يثبت بأن هناك خطر أو ضررا يلحقها مباشرة ....[1] .

2 – التعريف الفقهي للاستعجال

يرى البعض من الفقه الفرنسي أن انعدام التعريف القانوني لشرط الاستعجال يؤدي إلى نتائج تكون محمودة حيث يعطي للقاضي حرية واسعة في التقدير فيأخذ بعين الاعتبار ظروف كل دعوى ما يجعله قادرا على إيجاد الحل المناسب عل ضوء الوقائع المعرضة عليه[2] .

كما يرى الأستاذ مسعود شيهوب أنّ أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو وضع صياغة قائمة حصرية لها يعني تقييد القاضي باعتباره أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال [3] .

وعليه حاول البعض تقديم تعريفا له ، إذ وفقا للفقيه René Chapus يعتبر الضرر الذي يصعب إصلاحه أو الرجوع فيه أو محوه و الناتج عن تنفيذ قرار إداري[4] .

كما عرّفه Garsonnet على أنّه الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا أو أنّه الخطر المباشر الذي لا يمكن في اتقائه رفع الدعوى عن طريق الإجراءات ولو مع التقصير في المواعيد [1]

---

[1]– أشار إليه طاهري حسين ، قضاء الاستعجال فقها وقضاءا ، دار الخلدونية ، ط01 ، 2005 ، ص 99 .

[2]– أشار إليه بشير بلعيد : القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، باتنة ،1993 ، ص –ص33 34 .

[3]– مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص ، ج 02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2009 ، ص 136 .

[4]- René Chapus, droit du contentieux administratif,5ème éd, p1082.

حيث عرّفه بشير الأستاذ بلعيد بأنّه الحالة التي يكون من شأنها التأخير في وقوع ضررلا يمكن إزالته أو حالة الخطر العاجل الذي لا يجدي في اتقائه اللجوء إلى القضاء العادي[2] .

وحسب الفقيه Morel تكون حالة الاستعجال قائمة كلما ينتج عن التأخير في الفصل في النزاع ضررا لأحد الأطراف. [3]

وعرّفته الأستاذة أمينة النمر بقولها: " الاستعجال هو الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا أو أنّه الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب ". [4]

ويرى الأستاذ أبو الوفا بأنّه: " يتحقق كلما توافر أمر يتضمن خطرا داهما أو يتضمن ضررا لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي " [5] .

وحسب الأستاذ راتب يمثل الاستعجال: " الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت المواعيد" [6] .

ويتوافر وفق رأي الأستاذ عبد المنعم خليفة إذا كان من شأن تنفيذ القرار ترتيب نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغائه، أي أنّه يستحيل إعمال أثر الإلغاء من إعادة الحال إلى ما

---

[1]- نقلا عن الغوثي بن ملحة ، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط01 ، 2001 ، ص 10 .

[2]- بشير بلعيد : المرجع السابق ، ص 32 .

[3] -Sophie Overney,Le Référé suspension et le pouvoir de régulation du juge , A.J.D.A , n°9, 20Septembre 2001 p 6-7.

[4]- أمينة النمر ، مناط الاختصاص و الحكم في الدعاوى المستعجلة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1975 ، ص 15.

[5]- أشار إليه لحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري ، المرجع السابق ، ص 13 .

[6]- أشار إليه بشير بلعيد ، المرجع السابق ،ص 32 .

كان عليه قبل صدور القرار وبهذا يفقد الحكم الصادر بالإلغاء قيمته العملية ولا تكون له سوى قيمة نظرية بحتة لا تأثير لها على أرض الواقع [1].

وينشأ الاستعجال من طبيعة الحق المطلوب صيانته ومن الظروف المحيطة به لا من فعل الخصوم أو اتفاقهم، فلا يتوافر الاستعجال بمجرد رغبة رافع الدعوى في الحصول على حكم في طلباته بسرعة، ومن ثم إذا تأخر المدعي في رفع دعواه أمام القضاء الاستعجالي وكان من شأن هذا التأخير في الخصومة المطروحة أن يزيل صفة الاستعجال عن الدعوى[2] .

فعنصر الاستعجال يبرر الحصول على الحماية القضائية [3]، إذ يتعين على القاضي أن يقضي برفض الطلب لانعدام عنصر الاستعجال طبقا لما أشارت إليه المادة 924 بنصها: "عندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب " .

وللإشارة ،قد تحدث مستجدات من شأنها أن تؤثر في قيام حالة الاستعجال نلخصها في حالتين :

أ –حالة زوال الاستعجال أثناء نظر الدعوى

الأصل أن يستمر الاستعجال من وقت رفع الدعوى حتى صدور الأمر، فإذا رفعت الدعوى أمام القضاء وكان عنصر الاستعجال قائم ثم افتقدته قبل الفصل فيها لا يسبب،

---

[1]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة ،(وقف تنفيذ القرار الإداري ، إشكالات تنفيذ الأحكام ، دعوى تهيئة الدليل ، دار الفكر العربي ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 94 .

[2]– محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كمال ،محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، ج01 ، عالم الكتب القاهرة ، ط 07 ، 1985 ، ص27 .

[3]– الغوثي بن ملحة ،المرجع السابق ، ص05 .

وجب على الجهة القضائية المطروح أمامها النزاع إن تقضي بعدم اختصاصها طالما أن الدعوى وقت الفصل فيها أضحت دون عنصر الاستعجال ذلك أن القضاء المستعجل قضاء استثنائي القصد منه دفع الخطر الداهم عند توافر الاستعجال الذي يلزم درؤه بسرعة، ويجري أعمال هذه القاعدة على الدعوى سواء كانت في مرحلتها الأولى أمام المحكمة الدرجة أو في مرحلة الطعن، إذ يقع على محكمة ثاني درجة بمناسبة الاستئناف أمامها أن تبحث وتقدر مدى توافر عنصر الاستعجال أمامها لا وقت صدور الحكم المطعون فيه.

وثمة رأي ثاني يذهب عكس ذلك، يرى بأن العبرة في تحقق هذا العنصر هي بتوافره وقت رفع الدعوى لا وقت إصدار الحكم، لكن أغلب الشرّاح أخذوا بالرأي الأول[1] .

ب – حالة تحقق الاستعجال بعد رفع الدعوى

في هذه الحالة قد يحدث العكس فترفع الدعوى أمام القاضي الاستعجالي، مفتقدة لعنصر الاستعجال ثم يتوافر هذا الشرط أثناء نظرها وقبل الفصل فيها، ذلك ما يثير التساؤل حول موقف القاضي في هذه الحالة؟ هل يقضي بعدم الاختصاص أم برفض الطلب القضائي؟

استقر القضاء على أن قاضي مستعجل يقدر مدى توافر عنصر الاستعجال عند الفصل في الدعوى المعروضة عليه والسند في ذلك هو أن تقدير القاضي الأمور المستعجلة يجب ألا يتقيد بوقت رفع الدعوى بل بم قام منها وقت الفصل فيها.

[1] – محمد على راتب ،نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، المرجع السابق ، ص30 .

ومن قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة في هذا الشأن قيام حالة الاستعجال في النزاع القرار الصادر عن مجلس الدولة في 2000/12/20 في قضية شركة كوديال ضد والي ولاية وهران بعد تعرض هذه الأخير لباخرةٍ (دندان) التابعة للشركة المستأنفة في تفريغ حمولتها من القمح، معتبرا بقاء البضاعة في الباخرة دون تفريغها سيلحق بها ضررا بمالك الشركة، خاصة فيما يتعلق بتكاليف رسو الباخرة بالميناء هذا من جهة، ومن جهة أخرى احتمال تلف البضاعة نظرا لظروف تخزينها، مما يجعل عنصر الاستعجال قائما[1]

وفي نفس الصدد اعتبرت المحكمة العليا في قراراها الصادر في 1992/12/20 الفاصل في النزاع القائم بين وكالة حماية التراث ووالي الجزائر، أن الأشغال الجارية للإنجاز موقف للسيارات ومعهد للموسيقى، على موقع ايكوسيوم العتيقة القريبة جدا من المسجد الكبير والزاوية المحصنة، الجاري ترميمها يعد مساسا بالمعلمين التاريخين وهذا يبرر قيام عناصر حالة الاستعجال، مما يتعين معه الأمر بوقف الأشغال الجارية".

ثانيا : عدم المساس بأصل الحق

باعتبار أن هدف القضاء الاستعجالي الحماية المؤقتة للحقوق دون التطرق لأصل الحق وانطلاقا من هذا القضاء الاستعجالي غير مختص نوعيا بالفصل في موضوع الحق المتنازع عليه بشكل قطعي فذلك من اختصاص قاضي الموضوع[2] .

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في القضاء الاستعجال الإداري ، المرجع السابق، ص29

[2]- سامي بن فرحات ، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة ،المكتب الجامعي الحديث ، 2005 ،ص57.

حيث أشار لذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حين ذكر: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة لا ينظر في أصل الحق.....".

وبهذا كان موقفه واضحا، وبالرغم من عدم إعطاءه تعريفا لها إلا أنه وصفها مباشرة.

حيث يقصد بالحق الممنوع على القاضي المستعجل المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز له أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع،كما ليس له أن يغيّر من مراكز الخصوم القانونية، والواجب عليه أن يترك جوهر النزاع سليما، يتخاصم فيه أولو الشأن أمام قاضي الموضوع المختص دون غيره بالحكم فيه [1] .

ذلك ما أكّده القضاء الإداري المصري باعتباره شرط عدم المساس بأصل الحق هو امتناع القاضي في حكمه عن تناول الحقوق المراد حمايتها بالتفسير أو التأويل أو بالقطع بشأنها برأي حاسم من حيث حتميتها أو بطلانها أو الأحقية أو عدم الاستحقاق، كذلك يمنع عليه تناول مراكز الخصوم القانونية بالتغير أو التعديل.

إلاّ أن هذا لا يحرمه من حق فحص المنازعة، ليتمكن من اتخاذ قرار وقتي فيها فيكون له إذن أن يتناول موضوع الحق، كما له أن يتعرف على حكم القانون في طبيعة العلاقة بين طرفي النزاع ، وله أن يفحص وسائل الدفاع ليتحقق[2]

[1]- لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية ، دار هومة ، 2012 ، ص 455 .

[2]- لحسين بن شيخ أث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية ،المرجع السابق ، ص 455 .

ولقد رأى مفوض الدولة الفرنسي (costa) أن القاضي الإداري الاستعجالي يمكن أن يمس الموضوع دون أن يمس بأصل الحق غير أن الأستاذ مُحَمَّد كمال الدين منير يرى في ذلك تلاعب بالألفاظ، ولا يفيد في شيء[1].

في حين رأى البعض من الفقه المصري أن هذا يمثل تلاعب لفظي لا يفيد شيئا فالمعنى واحد فأصل الحق هو موضوعه، والإعمال به كضابط قد يؤدي إلى إبعاد القاضي عن الحقيقة وبالتالي غلّ يده على أساس أن فهم النزاع تقتضي البحث في الطلبات والدفوع حتى يمكن لهذا الأخير من اتخاذ التدابير اللازمة[2].

غير أن ضابط عدم المساس بأصل الحق لا يعني حرمان القاضي من فحص المنازعة والاطلاع على الوثائق المقدمة، بل بالعكس له ذلك حتى يتمكن من اتخاذ القرار المناسب والعادل.

ومن القرارات الشهيرة لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن القرار الفاصل في النزاع القائم بين محافظ المدينة **Vaucluse** ضد شركة المسماة **Société des terrassement mécanique** والتي انتهت بصدور أمر استعجالي يلزم فيه المدعي عليه بوقف الأشغال وإصلاح وإعادة الأماكن إلى ما كانت عليه .

وبعد الاستئناف أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 1980/01/25 قضى بإلغاء الأمر المستأنف فيما قضى به من إصلاح وإعادة الأماكن إلى ما كانت عليه معتبرا ذلك مساسا

[1]- بشير بلعيد ، المرجع السابق ، ص 55 .

[2]- منير مُحَمَّد كمال الدين ، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة ، لجنة المكتبة و الفكر القانوني ، القاهرة ، ط 01 ، 1990 ، ص20 .

بأصل الحق، لأن الضرر الذي لحق بالأملاك العامة قد وقع وانتهى وأن أمر إصلاحه يبقي من اختصاص قاضي الموضوع.

ولم يحيد القضاء الإداري الجزائري عن نظيره الفرنسي، إذ كان موقفه واضحا من خلال القرار الصادر 043277 بتاريخ 2007/12/12 الفاصل في الاستئناف المرفوع ضد الأمر الاستعجالي القاضي بعدم الاختصاص لمساس النزاع بأصل الحق والمتعلق بطلب رئيس المجلس الشعبي البلدي بإلزام المستأنف عليهم أصحاب العقار بعدم التعرض للبلدية للقيام بأشغال تحديد قنوات صرف المياه فوق ملكيتهم، ومما جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة المؤيد للأمر المستأنف ما يلي:

"حيث أن ضرورة الأشغال المتنازع عليها التي تكتسي طابع المصلحة العامة لا يمكن أن تكون سبب أو عذر للمجلس الشعبي البلدي لانتهاك حقوق عقارية لمواطن، إن وقع ذلك يعتبر هذا الفعل تجاوز للسلطة، وبالتالي اعتبر دعوى البلدية فيها مساس بأصل الحق" [1].

ومن صور عدم المساس بأصل الحق تعيين القاضي الإداري الاستعجالي خبيرا بعد تقديم المتقاضي طلبا يلتمس إجراء خبرة بصفة مستعجلة للاطلاع و لإثبات ما تم إنجازه من أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة و التي تم استلامها في حالة رفض المصلحة المتعاقدة صرف مستحقات المتعامل المالية كليا أو جزئيا عن أداء تلك الأشغال كما ورد في قرار صادر عن

[1]- مجلة مجلس الدولة ، ع 09 ، 2009 ، ص125 و ما يليها .

الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة المؤرخ في 2002/03/30 الذي تقرر بموجبه تعيين خبير لمعاينة الأشغال المنجزة من قبل المدعي وتقدير قيمتها نقدا. [1]

وتتمثل صور المساس بأصل الحق المطالبة بالديون الناتجة عن تنفيذ الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية [2]، وقيام القاضي الإداري الاستعجالي بتعديل بند تتضمنه صفقة على أساس تفسير الغموض الذي يشوبه يعد مساسا بأصل الحق [3] .

وللإشارة تمييز القضاء الاستعجالي، بخاصية إعفاء المدعي من شرط التظلم، وذلك لكون آجال التظلم في الغالب طويلة، ولا تتماشى مع الطابع الاستعجالي والسريع للدعوى الاستعجالية، وبالتالي وحتى عندما يكون التظلم شرطا لازما لقبول دعوى الموضوع، فإن الدعوى الاستعجالية لا تكون مشروطة بتقديم تظلم لأن عنصر الاستعجال يفرض استبعاد هذا الشرط[4].

ثالثا : شرط رفع دعوى في الموضوع

ما ينبغي الإشارة إليه أنّ المتعامل المتعاقد إذا ما ابتغى وقف تنفيذ قرار صادر عن المصلحة المتعاقدة ، ينبغي رفع دعوى في الموضوع لإلغائه وفقا لما أشارت إليه المادة 926 من

[1]– أشارت إليه شريف سمية ،رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016 ، ص94 .

[2]– مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص ،ج02 ،دم.ج، الجزائر،2009 ، ص 152 .

[3]– بوجادي عمر ، اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، ع 01 ،2007 ، ص 96 .

[4]– مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص ، ج 02 ،المرجع السابق،ص177 .

ق إ م إ بنصها : " يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره، تحت طائلة عدم القبول ، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع " .

إذ تكمن الغاية من ذلك تقديم سند للقاضي الاستعجالي حول منازعة المدعي، لموضوع القرار المطالب بوقفه مؤقتا.

رابعا : شرط رفع دعوى في آجال معقولة

إلى جانب الشروط التي تمّ تناولها مسبقا أقرّ الاجتهاد القضائي شرطا يتضمن تقديم الطلب للقاضي الإداري الاستعجالي خلال آجال معقولة، فالمغزى من هذا الشرط أن المتقاضي الذي يلجأ إلى قاضي الاستعجال يسعى لتجنب طول الفترة التي يتطلبها قضاء الموضوع للفصل في النزاع، فمن باب أولى أن يتجنب هو هدر الوقت وذلك برفع الدعوى فور اكتشافه الخطر الذي يهدد حقوقه، وعليه أقرّ القضاء قاعدة مفادها أنّه لا وجود لحالة استعجال كلما كانت المدة الفاصلة بين حدوث الوقائع وتاريخ رفع الدعوى طويلة[1] .

حيث أكّد القضاء الإداري الجزائري في مجال الصفقات العمومية إلى أنّه لا وجود لحالة استعجال طالما أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة الأشغال التي أنجزتها لصالح الولاية وتقييمها إلا بعد مرور شهرين كاملين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة وإسنادها لمقاول آخر، إذ أن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها وتقييمها تكون قد تغيرت بسبب شروع المقاول الجديد في الأشغال منذ شهرين، فقد كان على الطاعنة رفع

[1]- المرجع نفسه ، ص138

الدعوى الاستعجالية قبل استلام المقاول الجديد الأشغال وضياع معالم الأشغال التي أنجزتها الطاعنة بسبب اختلاطها مع الأشغال الجديدة[1] .

المطلب الثاني : خصائص الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد ومضمونه

تنتهي الدعوى الاستعجالية بصدور أمر يفصل في النزاع المطروح فصلا مؤقتا من خلال اتخاذ تدابير تحفظية ومؤقتة لحماية حق أو مركز قانوني قائم في انتظار الفصل النهائي، في أصل الحق من طرف قاضي الموضوع كما نصت عليه المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك سنتعرض لخصائص الأمر الاستعجالي (الفرع الأول) ثم نتطرق لمعرفة مضمونه (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول : خصائص الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد

يتميّز الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد بجملة من الخصائص التالية:

أولا : صدور الأمر الاستعجالي من تشكيلة جماعية

لقد أشار المشرع الجزائري إلى أن التشكيلة الناظرة في الاستعجال الإداري عموما ذلك بموجب المادة 917 من ق إ م إ بنصه: " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع " .

[1]- مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص ، ج 02 ، المرجع السابق، ص 138 .

وعليه يستبعد أن يصدر الأمر الاستعجالي في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد بالتشكيلة الفردية [1] .

غير أن البعض استحسن صدوره من قبل التشكيلة الفردية والهدف من وراء ذلك إيجاد مرونة متجاوبة وطبيعة الإجراء وحتى يتلاءم أيضا مع طبيعة الشؤون المستعجلة [2] .

ووفقا للمادة المذكورة أشار المشرع الجزائري أن التشكيلة الناظرة في الاستعجال هي ذاتها التي تبت في الموضوع، حيث رأى الأستاذ Richer L'aurent أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلا حقيقيا لأن القاضي يبت بالموضوع و بأصل الحق في نفس الدعوى[3] .

ثانيا : صدور الأمر الاستعجالي في أقرب الآجال

طبقا للمادة 918 من ق إ م إ في فقرتها الثانية نص المشرع صراحة على أنّ الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد يصدر في أقرب الآجال [4]، تماشيا والسرعة في اتخاذ التدبير اللازم ريثما يفصل قاضي الموضوع في المنازعة .

---

[1]- كما هو الحال عليه بالنسبة للاستعجال في التشريع الفرنسي ،فالقاضي الذي يختص بالفصل في الدعوى الاستعجالية هو قاضي فرد والهدف من ذلك هو إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، لأن ذلك يتلاءم مع طبيعة الشؤون المستعجلة ، بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية المجلة 05 ، ع 01،2012 ، ص30 .

[2]- مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط 01 ، 2005 ، ص862.

[3] - Richer L'aurent, Droit des contrats administratif, op , cit, p 144

[4]- غير أنّ في بعض الحالات يحدد المشرع الأجل الذي يتعيّن أن يصدر خلاله الأمر الاستعجالي كحالة الاستعجال ما قبل التعاقد حيث يجب أن يصدر خلال 20 يوما من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية وفقا لنص المادة 947 من ق إ م إ ، و كذا بالنسبة للدعوى الاستعجالية في إطار المحافظة على الحريات الأساسية يجب أن يصدر الأمر الاستعجالي خلال 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب وفقا للمادة 920 من ق إ م إ .

ثالثا : ذو طبيعة مؤقتة

تهدف التدابير المأمور بها من قاضي الاستعجال إلى الفصل في وضعية مستعجلة لغاية صدور الحكم النهائي ، فحتى و لو أخذ قاضي الموضوع بتلك التدابير المأمور بها من قاضي الاستعجال، فإنّها تستمد نجاعتها من الحكم الصادر في الموضوع وليس من الأمر الاستعجالي، فهي إذن ذات طابع مؤقت [1] .

وهو ما أكّده القضاء الجزائري بموجب القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) والذي جاء فيه: " تعد الأوامر الاستعجالية تدابير مؤقتة الصادرة عل جناح السرعة تحقيا لحماية الحق من الضرر المحتمل..." [2] .

وعليه تكون حجية الأمر الاستعجالي حجية مؤقتة تزول بمجرد صدور حكما في الموضوع[3].

كما أن مضمون الأمر الاستعجالي لا يقيّد قاضي الموضوع أي المحكمة التي يعرض عليها النزاع في أصل الحق و لو كانت هي نفس المحكمة التي أصدرته[4] .

رابعا: يتضمن شكليات الحكم

لم يبيّن المشرع الجزائري الشكل الذي يتخذه الأمر الاستعجالي أو الصفة التي يكون عليها، إذ نصت المادة 05/08 من ق إ م إ على أنّه يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية.

---

[1]- لحسين بن الشيخ آث ملويا ، قانون الإجراءات الإدارية ، المرجع السابق ، ص453 .

[2]- القرار رقم 36907 الصادر بتاريخ 15-06-1985 ، م ق ، ع03 ،1989 ، ص 86 و ما يليها .

[3]- بلعابد عبد الغني، المرجع السابق ، ص55 .

[4]- أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية و التجارية ، ج 01 ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 1995 ، ص 350 .

كما أحالتنا المادة 888 منه إلى تطبيق المواد من 270 إلى 298 منه أمام المحاكم الإدارية ،و بالتالي فهو يصدر بشكل الأحكام حيث يجب أن يتضمن جملة من البيانات الآتية:

- عبارة: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري " وذلك تحت طائلة البطلان.
- يتضمن الجهة القضائية التي أصدرته.
- أسماء وألقاب، صفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
- تاريخ النطق بالأمر.
- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع التشكيلة.
- أسماء وألقاب الخصوم وأسماء وألقاب المحامين.
- الإشارة إلى صدور الأمر في جلسة علنية.

كما يجب أن يتضمن عرض مختصر للوقائع، وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم.

الإشارة إلى اختتام التحقيق تطبيقا لأحكام المادتين 931و932 من ق إ م إ الخاصة.

ويخلص في النهاية إلي تحرير منطوق الأمر، والذي من المفروض أن يتضمن النتيجة المتوصل إليها.

ويكون الأمر الإستعجالي معجل النفاذ بقوة القانون أي قابلا للتنفيذ فور صدوره حيث يمهر بالصيغة التنفيذية استنادا إلى المادة 3-2/95 من ق إ م إ .

الفرع الثاني: مضمون الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد

إنّ الغاية الأساسية التي يتوخاها المتعامل المتعاقد من لجوئه للقضاء الاستعجالي صدور أمر يتضمن تدبيرا يتخذه القاضي الإداري الاستعجالي إعمالا للحماية المستعجلة ريثما يفصل قاضي الموضوع، وعليه يختلف مضمونه باختلاف ظروف كل دعوى، فقد يتعلق الأمر الاستعجالي بإجراء تدابير التحقيق (أولا) كما قد يتعلق بالمصلحة المتعاقدة (ثانيا) ندرجها كالتالي:

أولا : الأمر الاستعجالي المتعلق بتدابير التحقيق

يتضمن الأمر الاستعجالي الصادر ما بعد التعاقد المتعلق بتدابير التحقيق الصور التالية:

1- إثبات حالة

يعتبر طلب إثبات حالة من بين الطلبات التي ينعقد الاختصاص بها للقضاء الاستعجالي، ويقصد بها تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا طال الانتظار إلى غاية الفصل في موضوع النزاع[1] .

وفي هذا السياق يرى الأستاذ مسعود شيهوب حول عنصر الاستعجال في مادة إثبات الحالة أنّ المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، إذ تخلى عن شرط الاستعجال الذي كان

[1]- منير مُحَّد كمال الدين، المرجع السابق ، ص 765 .

يشترطه للاستجابة لأي طلب من طلبات التحقيق ومنها طلب إثبات حالة [1] ،غير أن الاستعجال في مادة إثبات الحالة لا يزال قائما، لأن في الأصل يعتبر إثبات الحالة من الطلبات المستعجلة لأنه ينتج عن الخشية من ضياع معالم أو أدلة واقعية متغيرة مع الزمن.

وعليه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطلب طلبا مستعجلا لإثبات قيامه بالأشغال المتفق عليها حتى يستعملها كدليل إثبات أمام قاضي الموضوع .

2- إجراء الخبرة

طبقا لنص المادة 125 من ق إ م إ يهدف إجراء الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو عملية للقاضي، ويقصد بها كتدبير من تدابير التحقيق الإجرائي تصوير الوقائع المادية بل يتعدى إلى التحقيق في موضوع النزاع [2] ،فعلى الرغم من أنّ المكلف بإثبات حالة وتقديم خبرة هو الشخص نفسه وهو الخبير، إلا أن مهمته في كل من التدابير تختلف، ذلك أن الخبير المعين بموجب أمر استعجالي يمكن تكليفه بمهام أوسع من الخبير المعين لغرض إثبات حالة ،إذ يمكن في الحالة الأولى للخبير أن يحدد قيمة الأضرار أو توضيح قيمة الأشغال المنجزة في المشروع أو إعطاء رأيه في مسألة معينة[3].

حيث ينصب عمل الخبير على المعاينة بصفة شخصية وبموضوعية لحالة الأشغال المنجزة فلا يعتمد في تقريره إلا على وقائع عاينها بنفسه وذلك لكي تكون مجدية في الدعوى ،حيث استبعد القضاء الإداري تقرير خبرة اعتمد فيه الخبير المكلف على تقرير أعده الخبير المكلف من

[1]- مسعود شيهوب : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج01 ،المرجع السابق ، ص140

[2]- مسعود شيهوب، المرجع السابق ، ص140 .

[3]- بشير بلعيد : المرجع السابق ، ص ، ص 156-157 .

طرف المصلحة المتعاقدة، وجاء في حيثيات القرار أنّه "يتضح من الاطلاع على الخبرة أن الخبير قد اعتمد لإعداد تقريره على تقرير الخبرة المنجزة من طرف الخبيرة (م ي) هذه الأخيرة التي التجأت إليها المدعية بصفة انفرادية لإجراء خبرة بطلب منها عن الأشغال محل النزاع مما يجعل بالتالي خبرة الخبير (ج إ) غير موضوعية[1] .

فبالرغم من قيمة الخبرة من الناحية الإجرائية إلا أنّ البعض يراها مضيعة للوقت في حالة إذا ما أمر بها القاضي من تلقاء نفسه على أساس الانتظار الذي غالبا ما يؤدي إلى حدوث أضرار بالغير يصعب إصلاحها فيما بعد [2].

بيد أنّ إجراء الخبرة يساعد على إثبات واقعة يخشى ضياع معالمها والتي يحتمل أن تكون محل نزاع أمام القضاء[3].

3- الانتقال إلى الأماكن والمعاينات

يسمح القاضي الاستعجال الإداري من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم، القيام بإجراء معاينات التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذ اقتضي الأمر ذلك وفقا لما ورد بالمادة 146 من ق إ م إ ،حيث يستتبع في هذه الحالة الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويمكنه أن يستعين بالمعارف التقنية إذا كانت هناك أي ضرورة، وينتهي بإعداد محضر معاينة.

---

[1]- قرار رقم 08/00161 صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بومرداس بتاريخ 02/03/09 في قضية أشغال البناء ك م ضد والي بومرداس قرار غير منشور أشارت إليه شريف سمية ، المرجع السابق ، ص 94.

[2]- نصر الدين هنوني ، نعيمة تراعي ، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية ، دار هومة ، ط02 ، 2009 ، ص 52 .

[3]- فايز الكندري ، الصفة التبعية للخبرة القضائية و شرط المصلحة في الدعوى ، مجلة الحقوق ملحق ع 04 ، الكويت ،2001، ص 66 .

فقد أكد القضاء الإداري وجوب عدم تأخر المتعاقد في طلب إجراء المعاينة والانتقال إلى الأماكن وفقا لما أشار إليه القضاء الإداري الجزائري في قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 16 ماي 1981 في قضية مؤسسة "ع ب" ضد والي ولاية....ووزير الداخلية أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي إلا بعد شهرين من فسخ الصفقة ، وبالتالي فإن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها وتقسيمها تكون قد تغيرت بفعل الأشغال التي انطلقت منها خلال الشهرين ذلك أن الأشغال التي تجريها الشركة قد اختلطت مع الأشغال الجديدة [1] .

ثانيا: الأمر الاستعجالي المتعلق بالمصلحة المتعاقدة

بالإضافة للأوامر الاستعجالية المتضمنة إجراء تدابير التحقيق توجد تدابير أخرى يمكن أن تخاطب المصلحة المتعاقدة والتي تتجسد كالآتي:

1- توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة

هي تلك السلطة الغير المألوفة والتي تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في التشريع الفرنسي والجزائري حتى ولزمن طويل أن القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأمرها تطبيقا لمبدأ إجرائي مفاده أن القاضي يحكم ولا يدير وتطبيقا أيضا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية الإدارية وهو ما يترتب عليه مسألتين هامتين هما:

[1] - مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج01 ، المرجع السابق ، ص 138 .

عدم إمكانية حلول القاضي محل الإدارة والامتناع عن توجيه أوامر إليها، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1970/01/29 والذي جاء فيه"...حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة إلا أن هذا المبدأ لم يكن مطبقا على إطلاقه في فرنسا، لأن الإدارة تتلقي منذ زمن بعيد أوامر من جانب القضاء العادي، ويعتبر الاعتداء المادي المجال الخصب لذلك فالقاضي الإداري نفسه ليس غريبا كليا عن مجال إرسال الأوامر، فهو يمكن أن يرسلها إلى الأفراد، والمثال على ذلك توجيه المتعاقد مع الإدارة المخل بالتزاماته بإخلاء موقع التنفيذ تمهيدا لتنفيذ العقد على حسابه وكذلك في حالة طرد من يشغل الدومين العام دون وجه حق.

غير أنه بصدور قانون 1995/01/04 تدارك المشرع الفرنسي هذا الوضع من خلال إجازته للقاضي الإداري صراحة سلطة توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع .

وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي عدة مرات في فرنسا، بحيث أمر رئيس المحكمة الإدارية **Strasbourg** إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلق بقبول الترشيحات، وفقا لما ينص عليه القانون لضمان مشروعية هذا الإجراء .

كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا صادرا عن رئيس المحكمة الإدارية **Grenoble** بتاريخ 1995/05/05 لأن هذا الأخير رفض أن يأمر الإدارة أن تراعي الالتزامات المفروضة قانونا[1].

وبالنسبة للقاضي الإداري الجزائري، فكان يستطيع توجيه أوامر للإدارة لحملها على تنفيذ أحكامه رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، وهذا ما أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 1999/03/08 والذي جاء فيه....حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة....."، لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم التأكيد على إمكانية لجوء القاضي الإداري لتوجيه أوامر للإدارة، حيث نصت المادة 946 منه على أنه....."يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته.

ويحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.....:"

وإن كان المادة المذكورة تتعلق بالاستعجال ما قبل التعاقد، فمن غير المستبعد يمكن إعمالها في مجال ما بعده.

وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري لعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية.

ومن بين الأوامر التي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي توجيهها للمصلحة المتعاقدة منح التسبيق المالي، إذ يحتل أهمية خاصة في مجال الصفقات العمومية لاسيما فيما يتعلق بصفقات الأشغال والتوريدات، فالمتعامل يستثمر مبالغ هامة ويرتبط في إطار تنفيذ الصفقة بعلاقة مديونية تستوجب التدخل بمنحه تسبيقا ماليا في حالة الضرورة المستعجلة.

[1]- مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، 862 .

حيث تضمنت المادة 942 من ق إ م إ الشروط اللازم توافرها لاستجابة قاضي الاستعجال لطلب منح التسبيق المالي، والتي تتمثل كالآتي:

أ –وجود دين غير متنازع فيه بصفة جدية

بموجب هذا الشرط يتعين على قاضي الاستعجال الإداري أن يتأكد من وجود التزام غير مشكوك فيه في ذمة المصالحة تبرر منح المتعامل المتعاقد التسبيق الذي يطلبه[1].

ب – أن تكون دعوى الموضوع قد نشرت

يعد هذا الشرط منطقيا، ذلك أن السبب المبرر لطلب التسبيق هو وجود دين للمتعامل المتعاقد في ذمة المصلحة المتعاقدة، فمن الطبيعي أن ينازع المتعامل المتعاقد أولا في أصل الدين.

ج–شرط تقديم الضمان

يعد شرط تقديم الضمان شرطا اختياريا للقاضي إذا تقرر وجود أسباب تدعو إلى إلزام المتعاقد بتقديم ضمان حسب ظروف كل قضية، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية يشكل إنشاء المتعامل المتعاقد كفالة حتى التنفيذ ضمانا كافيا تبرر منحه التسبيق المالي دون الحاجة إلى إلزامه بتقديم ضمان آخر.

[1]– مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج 03 ، المرجع السابق ، ص143

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أكد في عدة قرارات صادرة عنه منها القرار الصادر في 2 جوان 2004، أن غياب الحساب النهائي العام للصفقات لا يشكل مانعا يحول دون منح المتعاقد التسبيق الذي يطلبه طالما توفرت شروط المنح التسبيق[1].

2- وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة

يعتبر امتياز الأسبقية الذي تتمتع به الإدارة من أهم المبادئ الأساسية في القانون العام ،حيث بمقتضاه تكون القرارات الإدارية نافذة بذاتها بمجرد صدورها ولا يؤثر الطعن أمام القضاء عليها و ذلك إعمالا للأثر غير الواقف للطعن طبقا للمادة 833 من ق إ م إ بنصها: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " [2] ، و بسبب بطء إجراءات التقاضي فإن الفصل في الدعوى قد يستغرق وقتا طويلا، الأمر الذي يسبب للمدعي بعض النتائج الضارة بسبب تنفيذ القرار المطعون فيه[3].

ذلك ما يؤدي بالمتضرر من القرار الإداري برفع دعوى استعجالية يلتمس من خلالها وقف تنفيذه استنادا لما أشارت إليه المادة 919 من ق إ م إ بنصها: " عندما يتعلق الأمر بقرار إداري و لو بالرفض ، و يكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معيّنة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك،

---

[1] -Menominis Alain, «refère –provision et marché de travaux » juris classeur, droit adminisN°8-9/2004.p25

[2]- ذلك ما أخذ به مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2005 في قضية أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية رقم 06 مجدوبي ضد / ق إ و من معه ، مجلة مجلس الدولة ، ع 07 ، 2005 ، ص 133 .

[3]- عبد القادر عدّو ، المرجع السابق ، ص250 .

ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار "

فالبيّن من خلال النص المشار إليه أنّه من أجل وقف تنفيذ القرار الإداري المتصل بالصفقة العمومية كان لابد من توافر شروط لازمة وضرورية من أجل الوقف في حالة الاستعجال المتمثلة في الضرر الجسيم كما هو الحال في سحب العمل من المتعامل المتعاقد والذي ينفذ على حسابه الخاص فيما يتعلق بصفقة الأشغال العامة أو الشراء على حساب المورد في صفقة التوريد.

فضلا عن وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار وبالتالي وقف تنفيذ القرار الإداري يستدعي وجود سبب جدي يتيح استخدام هذه السلطة من قبل القاضي الإداري الاستعجالي ويكسبها الشرعية.

وعليه يمكن للمتعامل المتعاقد إذا لم يرضى وتضرر من قرار صادر عن المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التنفيذ أن يسلك مسلك القضاء الاستعجالي لحمايته.

3- توقيع الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة تضمن تنفيذ الأحكام القضائية لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها، حيث أن جل التشريعات لم تعرف الغرامة التهديدية تاركة ذلك للفقه القانوني الذي يجمع على أنّها مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو

شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة[1].

وبهذا تكون الغرامة وسيلة منحها المشرع للقاضي للضغط على المدين لتنفيذ التزامه عينا أو هي جزاء الامتناع عن التنفيذ[2].

فبداية رفض مجلس الدولة الفرنسي توقيعها على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 1933/01/27 ".....حيث أنه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق فإنّه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجد تحت تهديد العقوبات المالية"[3].

إنّ تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف كان نتيجة التأثر بظروف نشأته التاريخية والسياسية، حيث نشأ في أحضان الإدارة وارتبط بها ارتباطا وثيقا تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية تفطن المشرع الفرنسي لهذه الوضعية ومنح للقاضي الإداري سلطات تسمح بضمان تنفيذ أحكامه لاسيما عن طريق إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة من أجل حملها على التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون

[1]- منصور مُحَمَّد منصور ، الغرامة التهديدية جزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ، ص 01 .

[2]- آمال يعيش تمام ، دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية بناء على أمر استعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 ، مجلة المفكر ، ع 04 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، ص 313 .

[3]- سليماني سعيد ، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة مجلة دراسات قانونية ، ع04 ،كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،2007 ، ص228 .

الصادر بتاريخ 1980/07/16 في حالة عدم التنفيذ يمكن للقاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية لمجلس الدولة فقط.

بيد أن القانون رقم 90-125 المؤرخ في 1995/02/08 الذي أعطى القضاء الإداري بمختلف درجاته حق توجيه الأوامر للإدارة، إذ سمح بفرض غرامة تهديدية ضمانا لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عن جهات القضاء ذاته، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير **barre et homnet** الصادر في 1974/05/10 أنّ إضافة الغرامة التهديدية للأمر يعتبر من قبل المبادئ العامة للقانون[1] .

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري نشير إلى أنّ المسألة كانت غير مستقرة، فقد أكد في العديد من أحكامه على عدم جواز الحكم على الإدارة العامة بالغرامة التهديدية[2]،حيث ورد بالقرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 10-04-2000 ما يلي: ".....حيث أنه في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضد الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية"[3].

ويستند مجلس الدولة في تبرير رفضه للنطق بالغرامة التهديدية على ما يلي:

- الغرامة التهديدية غير مبررة ضد الإدارة .
- يجب على العارض رفع دعوى التعويض في حالة رفض الإدارة تنفيذ الالتزام القضائي لصالحه.

[1]- مهند مختار نوح: المرجع السابق ، ص880 .

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا:دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، دار هومة ،الجزائر ط2006،2 ص222.

[3]- سعيد سليماني، المرجع نفسه ،ص229 .

- عدم استناد الغرامة التهديدية إلى أي نص قانوني ولا يمكن التصريح بها ضد الإدارة بينما هناك مبررات موضوعية وقانونية تبرر اللجوء إلى الغرامة التهديدية خصوصا إذا كان هناك امتناع الإدارة عن تنفيذ الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل دون مبرر النوعي وهذا مبرر موضوعي [1] ، أما المبرر القانوني تمثل في نص المادة 946 من قانون إ.ج.م.إ في فقرتها الرابعة الذي نص صراحة على إمكانية اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية إذا كانت المنازعة تتعلق بالاستعجال ما قبل التعاقد بنصها :

" ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية ... " وذلك حفاظا على حقوق المتعاقدين وتدعيم الثقة في جهاز العدالة[2].

في حين أنّه ذكر في قراره الصادر بتاريخ 08-04-2003 بأنّ الغرامة التهديدية يجب أن يحكم بها وفقا لمبدأ شرعية الجريمة والعقاب بنصه:" ... حيث أنّه وفي الأخير، وبما أن الغرامة التهديدية التزام ينطق القاضي به كعقوبة، فإنّه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنها بقانون .... "[3]

غير أنّ المشرع الجزائري قد حسم الخلاف الذي كان قائما حول إمكانية توقيع الغرامة التهديدية في المادة الإدارية عموما، من خلال تنظيمه لها ضمن المواد من 980 إلى 988 من ق إ م إ حيث لم يتضمن لها تعريفا مكتفيا بإبراز الأحكام المنظمة لها فقط، حيث أوضح

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري ، المرجع السابق ص 270 .

[2]- حسين فريجة ، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الخلدونية ، ط01 ، 2011 ، ص 33 .

[3]- قرار مجلس الدولة رقم 014989 ، مجلة مجلس الدولة ، ع 03 ، 2003 ، ص ص 177-178 .

شروط الحكم بها والجهة المختصة بذلك إلى جانب الآثار المترتبة عن الحكم بها [1]، باعتبارها قواعد قانونية إجرائية ترسم النظام الإجرائي لاستعمال المدين لحقه في دعوى الغرامة التهديدية و تصفيتها و هي دعاوى مسماة[2] .

فالبيّن من خلال النصوص المنظمة لها أنّه يتم توقيعها من قبل القاضي جوازيا وتلقائيا دون اشتراط وجود طلب بذلك وحتى قبل امتناع الإدارة عن التنفيذ ذلك ما ترك البعض يرى ضرورة إلزام القاضي بالحكم بها [3]

وعليه يمكن أن يقوم القاضي الإداري الاستعجالي بتوقيعها إذا كانت المنازعة ما بعد التعاقد وذلك في حالة الإخلال بالتزامات التعاقدية حفاظا على حقوق المتعاقدين وتدعيم الثقة في جهاز العدالة بنصها .

وللإشارة فإن القاضي لا يتقيّد بالمبلغ الذي يطلبه الطاعن، حيث له أن يحكم بغرامة أقل أو أكثر[4] .

ومن مظاهر حماية المتعامل المتعاقد سلطة القاضي التقديرية في تقدير مقدار الغرامة وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث لم يضع له المشرع أية ضوابط لذلك ،وبالتالي فإن

---

[1]- براهيمي فايزة ، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية ، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة امحمّد بوقرة ، بومرداس ، 2011-2012 ،ص 67 .

[2]- غناي رمضان ، تعليق على قرار مجلس الدولة فيما يخص الغرامة التهديدية ، مجلة مجلس الدولة ، ع 03 ، الجزائر ، 2003 ، ص 150.

[3]- آمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمّد خيضر ، بسكرة ، 2011-2012 ، ص 457 .

[4]- بركات علي، المرجع السابق، ص 138 .

تقدير قيمتها يتم وفقا للمركز المالي للمدين وبالقدر الذي يدفعه للتنفيذ [1]، كما أنّه لم يقيّده ببدء سريانها [2] .

وبهذا تكون سلطة القاضي الإداري الاستعجالي بفرض الغرامة التهديدية من أفضل الجزاءات لضمان امتثال المصلحة المتعاقدة للأمر الاستعجالي الصادر حماية للمتعامل المتعاقد.

المبحث الثاني: الحماية القضائية الموضوعية للمتعامل المتعاقد

موازنة مع الضمانات المقررة للمتعامل المتعاقد إداريا في مجال الصفقات العمومية وسعيا منه لضمان حقه بمقتضى التشريع والتنظيم المعمول بهما فإن المتعامل المتعاقد يمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري في حالة تعسف المصلحة المتعاقدة عند قيامها بممارسة مهامها من خلال سلطاتها التي تعد استثنائية نظرا لتخويل القانون إياها أو إعفاءها للإجراءات جوهرية أو تماديها في هذه السلطة ما قد يخلق ذاك التصادم المصلحي وطبعا يكون هذا اللجوء بعد فشل الإجراءات الودية التي كرسها التشريع.

وعلى هذا الأساس نقول أن مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية قد تطرح عدة إشكالات قانونية مما دفع بالمشرع إلى أن يضع بين أيدي هذا الأخير عدة سبل في إطار القضاء الإداري والتي من شأنها ضمان تقرير حقوقه والمحافظة عليها وذلك بموجب المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لما أشار إلى حق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى القضاء في حالة

[1]- عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 454 .

[2]- براهيمي فايزة ، المرجع السابق، ص 125 .

عدم التوصل إلى التسوية الودية مع الإدارة [1] وأكده صراحة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [2]الذي أقر مبدأ الفصل بين منازعات التنفيذ ومنازعات إبرام الصفقات العمومية هذا ما جعلنا نقف أمام نوعين من المنازعات [3] والتي تعد مبادرة قوية من المشرع لتسهيل المهام أكثر علي القاضي في أدائه لمهامه.

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس العيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية.

يفصل القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية من خلال رفع دعوى الإلغاء أمامه وذلك على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة (المطلب الأول) غير أنه إذا كان محل المنازعة عقد الصفقة العمومية فإن هذه المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل باعتباره المجال الأصلي لها (المطلب الثاني).

[1]- سعيد عبد الرزاق باخبيره، سلطة الإدارة الجزائية أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر يوسف بخدة، 2007-2008، ص 106.

[2]- قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون عام (المنازعات الإدارية) جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012 -2013.

[3]- راجع المواد 114و115 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 10-236 و153-154 من المرسوم الرئاسي الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام

المطلب الأول: دعوى الإلغاء آلية قضائية ضامنة للمتعامل المتعاقد

يباشر القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة التي لا يمكن أن تأتي ما تشأ من التصرفات بالرغم من السلطات الاستثنائية التي خولت لها. فالرقابة القضائية ترمي إلى احترام حقوق المتعامل المتعاقد، وحرياته لضمان الفصل في مدى شرعيه القرارات الإدارية، لذلك استقر الفقه والقضاء الإداريين على أنه لكي تكون القرارات الإدارية صحيحة وجب على الإدارة احترام شروط صحة وسلامة هذه القرارات أو وسائل مشروعيتها، فالقاضي الإداري ينظر في مدى تجاوز السلطة للحد من تصرفات الإدارة المخالفة للقانون، فكلما كانت هذه القرارات خالية من المشروعية ووسائلها أصبحت غير مشروعة وبالتالي يجوز للقاضي الإداري إلغاءها.

تجدر الإشارة إلى أن ما يهمنا في هذه الدراسة هو الإشكالات التي تطرأ على تنفيذ الصفقات العمومية لأن المتعامل المتعاقد هنا يفترض به أنه قد تجاوز مرحلة الإبرام على أساس أن الصفقة قد درست عليه وهو يتخذ مركز المنفذ لها. لذلك قد ينشأ تصادم مصلحي مع هذه المصلحة المتعاقدة من خلال القرارات التي تتصل بالصفقة العمومية والتي يطلق عليها بالقرارات المتصلة والتي تدخل ضمن العملية العقدية المركبة، والتي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء كونها غير مستقلة عن العقد الإداري وإنما تتصل به، تتخذها الإدارة بعد إبرام الصفقة العمومية كمصلحة متعاقدة وليس بصفتها سلطة إدارية وهو ما يعرف بقرارات التنفيذ له كالقرار الصادر بسحب

العمل ممن تعاقد معها، أو قرار فسخ الصفقة كلها حيث يختص بالنظر في مثل هذه القرارات القضاء الكامل.[1]

إن القضاء الجزائري مثله مثل القضاء الفرنسي لم يقص قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية بل أقر بإمكانية إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة والتي تمثل أساس الطعن بالإلغاء في هذه المنازعات[2] (الفرع الأول) شرط أن تكوم معيبة بأحد عيوب عدم المشروعية التي تمثل أوجه الطعن بالإلغاء في هذه القرارات المنفصلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

الأصل عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة أثناء تنفيذ العقد، كونها تشغل جزء لا يتجزأ من العملية العقدية، وبالتالي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء.

لكن بالرغم من ذلك، فلقد أقر القضاء الإداري للمتعاقد حق الطعن ضد بعض القرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد، إذ ما كانت صادرة عن الإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري، أو دون أن تستند على نص خاص في العقد.[3]

إذن ما هي هذه الاستثناءات التي تجعل من هذه القرارات المتصلة قابلة للانفصال عن الصفقة العمومية وما هي الحالات التي تسمح بإلغائه؟

---

[1]- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2001، ص275 .

[2]- خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 175.

[3]- المرجع نفسه،ص276.

حتى يتم الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية لابد من وجود قرار إداري منفصل عن الصفقة العمومية ضمن مجالات محددة .

أولا– وجود قرار إداري منفصل

إذا كانت العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء إلا أن هناك بعض الإجراءات الإدارية التي استقر القضاء على قابليتها للإلغاء باعتبارها قرارات إدارية مستقلة وقائمة بذاتها، والتي تعرف باسم القرارات القابلة للانفصال عن العملية العقدية، ولابد من توفر شروط معايير شخصية وموضوعية لاعتبار القرار كذلك.

1 – معايير تحديد القرار الإداري القابل للإنفصال

يسهم القرار الإداري المنفصل في تكوين العقد الإداري، كما يستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عنه ويختلف عنه حتى في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزا، و يقف تحديده على معيارين اثنين الأول شخصي والثاني موضوعي.

أ – المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي ذلك المعيار الذي يتأسس عليه المركز القانوني الشخصي أو الصفة الشخصية والذاتية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة[1]

ويتألف المعيار الشخصي الذاتي في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال من عدة عناصر أهمها عنصر الصفة ومركز الغير من العملية الإدارية المركبة إذ أنه وبرغم أن الغير طرف

[1]– عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص338.

أجنبي عن العملية الإدارية المركبة إلا أنه بإمكانه الطعن في العملية الإدارية المنفصلة غير مشروعة، لأن الأصل في ابتداع هذا التيار هو التمكن من الطعن في هذه القرارات لأنها قد تمس بالمصلحة الشخصية له حيث أنه نظرا لصفته كشخص أجنبي عن العملية الإدارية المركبة فإنه لا يمكنه الطعن ضد هذه الرابطة القانونية إلا بالإلغاء أمام القضاء المختص [1] لأنه لا يملك الصفة القانونية لذلك.

ولقد طبق قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة حيث أقر في قضيته (**martin**) بتاريخ 1905 /08/04 بإمكانية الطعن بالإلغاء ضد مداولات المجلس العام لـ (**Loir et cher**) رغم تعلقها بعملية تعاقدية [2].و ذلك لأنها مشوبة بعيب مخالفة الشكل و الإجراءات [3]

ب_ المعيار الموضوعي

استنادا للمعيار الموضوعي يعرف القرار الإداري المنفصل وفقا لعدة عناصر موضوعية تتعلق بالقرار الإداري ذاته وبالقضاء المختص بالفصل المنازعة [4]. ومن أمثلة العناصر المادية

---

[1]- خلف الله كريمة، المرجع السابق ، ص 145.

[2]- وتلخص وقائع هذه القضية في وجود عقد إمتياز وتسيير مرفق المواصلات بين مدير مقاطعة (loir et cher) وصاحب الامتياز حيث أن مدير المقاطعة أغفل إجراء جوهريا إلا وهو اخطار أعضاء مجلس بموضوع المداولة قبل 08 أيام من انعقادها، وعلى هذا الأساس أسس السيد Martin العضو المستشار العام بالمجلس طعنه ضد مداولات المجلس العام لمقاطعة (loir et cher) فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله على أساس صفة وشخص السيد Martin الذي يعد طرفا أجنبيا عن العقد ليقضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز وفق للمعيار الشخصي، أنظر خلف الله كريمة ،المرجع السابق، ص.176

3 _ نادية تياب ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 ، ص 219 .

[4] _ نادية تياب ، المرجع السابق ، ص 219 .

الموضوعية التي يمكنها يتألف منها هذا المعيار في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال ماديا وموضوعيا ما يلي:

ب–1– فاعلية وجوهرية القرارات الإدارية المكونة للعملية ٱلإدارية المركبة

إن كان للقرار الإداري الارتباط الجوهري والفعالية الشديدة في العملية العقدية، فإنه يصبح جزءا لا يتجزأ عنها، وبالتالي يكون متصلا بها مما ينفي إمكانيه الطعن بالإلغاء ضده. أما إذا كان القرار الإداري غير جوهري في العملية الإدارية المركبة، بحيث يكون جزء غير جوهري بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه بالإلغاء على العملية الإدارية الأصلية، فإنه يشكل قرار إداريا منفصلا يقبل الطعن بالإلغاء أمام قاضي الطعن.

ب–2 –عنصر ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرافعها

متى كانت دعوى الإلغاء أكثر فاعلية لرافعها من اللجوء إلى القضاء الكامل من حيث النتائج المترتبة عنها قانونا وكذا من حيث سير وسهولة إجراءات رفعها، كان للطاعن إمكانية رفعها ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

ب–3 –عنصر مدى عمومية أو فردية إدارية القرارات المركبة

متى تبين للقاضي ٱلإداري أن هذا القرار الإداري عام يتعلق بمراكز قانونية عامة بهدف إحداث أثر قانوني بذاته، أعتبر القرار قابلا للانفصال عن العملية الإدارية، وقبل الطعن بالإلغاء ضده[1].

[1]– خلف الله كريمة ،المرجع السابق، ص176.

وتوجد تطبيقات لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العملية العقدية في الجزائر، حيث اعتبر القضاء الإداري ارساء المناقصة (طلب العروض) وفق المرسوم الجديد عبارة عن قرار إداري منفصل[1]، في حين قرارات الضمان حتى التنفيذ أي الصادرة أثناء تنفيذ الصفقة فقد عرفها بأنها قرارات إدارية متصلة ومرتبطة بها لذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء ضدها، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر لتاريخ 1966/12/16 في قضيته شركة **SKEHETZEL** وذلك تأسيسا على المعيارين الموضوعي والشخصي[1].

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/29 قرار سحب الامتياز عن شركة المعادن قرار منفصلا باعتباره إجراء تنفيذي للعقد، أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض الدولة الصادر عن المجلس المحلي لمتعلق بعقد الامتياز، فقد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا منفصلا وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1969/04/18.[2]

في ظل تباين التطبيقات القضائية في هذا الصدد، نجد أنفسنا أمام إشكال آخر هو مدى تطابق القرار المتصل بالصفقة العمومية خاصة والعقد الإداري عامة مع هذه المعايير.

[1]- أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صادر في 1985/04/05 على ما يلي يجب تمت في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة بين الإجراءات ما تم بقرار من السلطة الإدارية المختصة ومثل هذه القرارات يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا ، سلمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ص185.

[2]- انظر سلمان الطماوي، المرجع السابق، ص187 .

2 – مدى تطابق القرار المتصل مع معايير تحديد القرار المنفصل

إذا أصدرت الإدارة المتعاقدة قرارا يقضي بالمراقبة أو التعديل أو سحب العمل ولكن على حساب المتعامل، فهذا قرار يختص بالنظر فيه القضاء الكامل ولا مجال له أمام قضاء الإلغاء نظرا لوجود *طريق* طعن موازاة أمام المتعاقد للطعن فيه.[1]

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ الرامي لعدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد إجراءات تنفيذ العقد [2] حيث جاء في أحد قراراته مايلي:

المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد، تفتح مجال للنزاع التعاقدي المخصص للمتعاقد ويرجع الاختصاص الحصري هنا لقاضي العقد، قاضي القضاء الكامل.[3]

إلا أن هذا المبدأ لم يقف عند هذا الحد، بل عرف بعض الاستثناءات والتي جاء بها تطور القضاء الإداري الفرنسي المعروف دوما بأنه حامي الحريات والساعي الأول للتخفيف من حدة اللامساواة بين الإدارة والمتعاقد معها.

ولقد مرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بمراحل تطور في فرنسا، إذ لم يتبناها مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية الأمر، بل أخذ بنظرية الأعمال الإدارية المركبة أو بنظرية الإدماج والتي مفادها اعتبار العملية التعاقدية كلا لا يتجزأ.

---

[1] – جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ،المكتب العربي الحديث، الاسكندرية ، 2007، ص 100

[2] - L'irrecevabilité du recours pour excés de pouvoir exerce par des parties contre des mesures d'exécution de contrat a été régulièrement réafermée par le conseil d'état, voir : lacititia, zamicot, OP cit p364

[3] -Voir C,Ass 02/02/1987, société TV6,Rec,28 RfdA 1987,29 concl. M, formacciari.

ليستحدث بعد ذلك نظرية جديدة أطلق عليها نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، والقائمة على التفرقة بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي يبني عليها الانعقاد فهذه القرارات تعتبر مستقلة عنه ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد وبالشروط المقررة للطعن بالإلغاء. ليصل فيما بعد تطور أخر يقضي بإجازة للغير الأجنبي عن العقد في الطعن بالإلغاء استقلالا عن القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينيه، حتى ولو صار العقد نهائيا.

واستمر تطوير نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلي أن وصل إلى بسط رقابته كقاضي إلغاء على مرحلة تنفيذ العقد رغم أن هذه المنطقة تدخل في نفوذ القضاء الكامل، وإصدار بعض الأحكام للغير وللمتعاقد مع الإدارة مهاجمةً للقرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة تنفيذاً للعقد مستندةً علي نصوص القوانين واللوائح بدعوى تجاوز السلطة.[1]

وإذا كانت إجراءات تنفيذ العقد الإداري غير قابلة للانفصال عن العملية العقدية فإن هذه القاعدة تكون عرضة للعديد من الاستثناءات، إذ يحق للمتعاقد الطعن بالإلغاء في الإجراءات المتعلقة بتسيير المرفق العام إذا كانت ذات طابع تنظيمي وليس تعاقدي، كما أن القضاء الإداري بإمكانه فصل بعض الإجراءات المدمجة في تنفيذ العقد الإداري و الطعن فيها

[1]- جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق،ص ،ص183-182

بالإلغاء كقرار رفض تعديل بعض بنود العقد، وتبرير ذلك يرجع إلى كون هذه الدعوى لا توجه للعقد نفسه، وتستند على مخالفة مبدأ المشروعية لا مخالفة أحكام العقد [1].

كما أقر القضاء الإداري الفرنسي بإمكانية رفع الدعوى الإلغاء ضد بعض قرارات تنفيذ، كالقرار القاضي بتحديد أماكن وضع لوحات الإعلانات في بعض الأملاك العامة. ويمكن رد الاستثناءات الواردة على مبدأ قابلية قرارات التنفيذ للانفصال عن العقد الإداري إلى طائفتين رئيسيتين:

أ – الاستثناء الأول

يمكن للمتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء في القرار الصادر بمناسبة تنفيذ العقد، إذا ما صدرت من الإدارة قرارات غير شرعية بصفة أخرى أي لم تستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقد حينئذ يكون للمتعاقد كسائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفي شرط المصلحة، وكان القرار المطالب بإلغائه غير مشروع، ولم يكن ذا علاقة مباشرة بالعقد ومن أوضح الأمثلة على هذا النوعّ أن تصدر الإدارة بناء على سلطة الضبط قرارات إدارية تكون لها أثر على المتعاقد، كما لو أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد وبناء على حقها في التدخل والإشراف لتعين على المتعاقد أن يسلك مسلك القضاء الكامل[2].وهذا الاستثناء جاء به مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه سنة 1907.[3]

[1] ـ وفي هذا الشأن راجع مصطفى أبو زيد فهمي ، قضاء الإلغاء دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2003، ص 31 و ما يليها .

[2] – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 208

[3] -CE,06 décembre 1907, cie du nord d'Orléans et autre, Rec 914.s.1908 ;III ,1,corl. tradie, note M.hauriou :cite par :marion u band –berceron,opcit p67

ب – الاستثناء الثاني

إذ صدر القرار الإداري استناداً إلى القوانين واللوائح، ولم يتأسس على الشروط الواردة في بنود العقد ودفاتر الشروط يحق حين إذ للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى قضاء الإلغاء للمطالبة بإلغائه لعدم مشروعيته، ولا يتقيد باختصاص القضاء الكامل.

ففي القضاء الفرنسي، وضع مفوض الدولة **Tardieu** أساس هذا الاستثناء، حيث رأي أن الأوامر التي تواجهُها الإدارة للشركات تختلف أثارها حسبما إذا كانت متخذة بناء على دفتر الشروط أو بناء على اللوائح، ففي الحالة الأولى يجب إقامة الدعوى أمام القضاء الكامل، أما في الحالة الثانية فإن مشروعية هذه الأوامر يجب أن تثبت أمام قضاء الإلغاء.[1]

وعليه بعد هذا العرض التأصيلي للمبدأ العام في مجال الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المرتبطة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية والاستثناءات الواردة عليه، بعد معرفة معايير تحديد القرار القابل للانفصال عن العقد الإداري، ومن خلال القيام بإسقاط كل تلك القواعد والمعايير على القرار المتصل بالعقد الإداري والصفقة العمومية بالتحديد يمكن أن نصل إلى ما يلي :

ب–1 –عدم قبول القرار المتصل الانفصال عن العقد الإداري(الصفقة العمومية)

القرار المتصل كأصل عام لا يقبل الانفصال عن العقد الإداري بدليل أن المعياران المعتمدان لتحديد القرار المنفصل لا ينطبق عليهما، فبخصوص المعيار الشخصي، فإن الغير هو

---

[1]– جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص499.

الذي يستفيد من نظرية القرارات المنفصلة حتى يطعن ضد القرار الإداري، وإلا فليس أمامه سبيل آخر، أما في مجال القرار المتصل كالسحب العمل مثلا فلا يهم سوى المتعامل المتعاقد مع الإدارة، والذي لا يحق له طبقا للمعيار الشخصي الطعن بالإلغاء ضده كونه يستفيد من مكنة اللجوء للقضاء الكامل.

أما بخصوص المعيار الموضوعي، فإنه كذلك لا يتماشى والقرار المتصل إذ أن هذا الأخير يعتبر عنصر جوهري وفعال وشديد الارتباط بالعقد الإداري كما أنه قرار إداري إنفرادي لا يتعلق بمراكز قانونية عامة، مما يجعله بحق —وفق للمعيار الموضوعي–قرار متصلا بالعقد الإداري.

ب–2– القرار المتصل كاستثناء محلا لدعوى تحاور السلطة

وهذا إذ ما توافرت فيه إحدى الحالات الاستثنائية السابق ذكرها والتي تسمح بالطعن بالإلغاء في قرارات تنفيذ العقد وذلك ما إذا كانت صادرة عن الإدارة بوصفها سلطة ضبط إداري، أو إذا ما تأسست على القوانين واللوائح.

وغالبا ما يصدق الاستثناء الثاني على قرار المتصل خاصة في الجزائر كونه يصدر في غالب الأحيان وفقا لمواد صريحة من قانون الصفقات العمومية أو دفتر الشروط الإدارية العامة [1] مما يتيح الفرصة أمام المتعاقد للطعن ضده على أساس دعوى الإلغاء.

[1]– راجع المادتين 135–116 من المرسوم الرئاسي 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام المؤرخ في 16ديسمبر 2015 راجع المادة من 5/4/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة .

ثانيا– مجالات الطعن بالالغاء ضد القرار الإداري المنفصل

يشمل مجال الطعن بالالعاء ضد القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية القرارات الممهدة لابرام الصفقة وكذلك القرار الصادر بابرامها.

1 – الطعن بالإلغاء ضد القرارات الممهدة لإبرام الصفقة

تصدر الإدارة مجموعة من القرارات أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة المستقلة[1] نذكر منها:

أ -قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

يعد الإعلان عن المناقصة شرطا جوهريا وفق تنظيم الصفقات العمومية وذلك حتى يصل أمر الصفقة العمومية إللاى علم كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عمها وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة ومبدأ حرية المنافسة ومبدأ حماية الإمتاج الوطني, ذلك لأن إصدار قرار الإعلان عن الصفقة العمومية دليل على مراعاة الإدارة للمبادئ الأساسية للتعاقد والمتمثلة في في مبدأ العلانية والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ حرية المنافسة والاستعمال الحسن للمال العام وكذا المساواة بين المتنافسين وهو ما أكدنه المادة 3 من تنظيم الصفقات العمومية وكذالك المادة 0 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[1]– خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008، ص 218.

لتجسيد هذه المبادئ ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة أن تضمن إعلان الصفقة للبيانات الالزامية المحددة بالمادة 46 منه، كما أكدت الفقرة الأولى من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية على إجبارية نشر إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين ووطنيتين موزعين على المستوى الوطني مع ضرورة أن يكون محررا باللغة العربية إضافة إلى لغة أجنبية واحدة على الأقل[1].

يشكل قرار الإعلان عن الصفقة العمومية دعوة للتعاقد متى توافرت فيه خصائص القرار الإداري عد قرارا إداريا منفصلا.[2]

ب – قرار المنح المؤقت

استحدث المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إجراء جديد يتمثل في المنح المؤقت وهو عبارة عن اعلان تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية, بمقتضاه يتم إخبار الجمهور المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز وذلك تحقيقا لإضفاء الشفافية على الصفقات العمومية.[3]

يخضع هذا القرار لمبدأ أساسي هو المنح المؤقت لصاحب أفضل عطاء فقط وقد أوكل تنظيم الصفقات العمومية السلطة في اختيار المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة وذلك وفقا لمعايير محددة في دفتر الشروط، كما حدد الإجراءات الواجب اتباعها للاعلان عن المنح المؤقت في

[1]– خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 181.

[2]– متولي مجدي، التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد الصادر بالقانون رقم 2000/19، ط 01، دار الفكر. مصر،2000، ص 25.

[3]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 218.

المواد من 53 إلى 56 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره. وقد اعتبر القضاء الإداري قرار المنح المؤقت قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري ومن ثم يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء في حالة وجود وجه من أوجه عدم المشروعية والمثال على ذلك ما قررته المحكمة الإدارية " CHALON SUR MARNE"بخصوص يطلان صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 6 أكتوبر 1993 لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقسيم العروض وهو ما جعله قرارا معيبا.[1]

ج- قرار الاستبعاد

أكد تنظيم الصفقات العمومية السبب الذي يمنح الحق للإدارة في إصدار قرار الاستبعاد وذلك بمقتضى المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية و باستقراء أحكامها يتبين أن الاعتماد على فكرة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو تسببه في اختلال المنافسة كأساس لاصدار قرار الاستبعاد من قبل المصلحة المتعاقدة يقر بإمكانية وجود تصرف إداري له آثار سلبية على المنافسة هذا ما يسمح بالقول بإمكانية اختصاص القاضي الإداري في هذا المجال للنظر في مشروعية هذا التصرف.[2]

[1]- خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 182.

[2]- خلف الله كريمة،المرجع السابق، ص 183.

2 – الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإبرام الصفقة

تبرم الصفقة العمومية بصدور قرار السلطة المختصة والتي حددتها المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية إذ يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفرض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها . ولقد أعطى تنظيم الصفقات العمومية الجزائري للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تحديد صاحب العرض لتبرم معه الصفقة العمومية استنادا لنص المادة 125 الفقرة الثامنة من تنظيم الصفقات العمومية على أن يبين حق رفض العرض.[1]

ويعد القرار الصادر بابرام العقد في حد ذاته قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد، هذا ما يجعله قرارا إداريا منفصلا عن العقد الإداري، يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد إذا توافرت موجبات إلغائه .

الفرع الثاني: أوجه الطعن بالإلغاء في القرار المتصل

عندما تقوم الإدارة بإصدار قرار متصلا كقرار يقضي بالمراقبة أو التعديل أو سحب العمل من المتعامل المتعاقد، فإنه كقاعدة عامة لا يحق لهذا الأخير الطعن فيه بالإلغاء كأصل عام إلا إذا أثبتت أن هذا القرار هو مؤسس على نصوص قانونية خارجة عن بنود الصفقة العمومية، أو أنه صادر عن سلطة الإدارة المتعاقدة بوصفها القائمة على الضبط الإداري ففي

[1]– خلف الله كريمة، نفس المرجع، ص 183.

هذه الحالة يكون هنا القرار المتصل قد ارتبط فعلا بتنفيذ العقد أو الصفقة العمومية لكنه يقبل الانفصال عنه، والخضوع لقضاء الإلغاء، لكن يجب على رافع الدعوى أن يثبت كذلك، العيب الذي انطوى عليه هذا القرار مثل المخالفة لقواعد الاختصاص أو للإجراءات والأشكال [1]،لأن القرارات الإدارية تتمتع بقرينة المشروعية، غير أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فعلى المتعاقد الذي يطعن بالإلغاء في القرار المتصل بالصفقة العمومية أن يثبت عدم مشروعيته أي أنه مشيب بعيب من عيوب المشروعية سواء خارجية أو داخلية.

أولا– حالات عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري

تتمثل حالات عدم المشروعية الخارجية في وجود عيب في الاختصاص أو الشكل الإجراءات أي تلك التي لا تتعلق بالاعتبارات الموضوعية للقرار، وإنما تنصب على القواعد المنظمة للسلطة المختصة بإصدار القرار، وبالشكل الذي يصدر ضمنه والإجراءات المتبعة من أجل إصداره[2].

---

[1]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص324.

[2]– تعرف دعوى الإلغاء لدى الفقه الغربي بتعار يف عديدة مثلا عرف فقيه الفرنسي A. delaubadere دعوى الإلغاء بأنها طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours contenrtieux visent a faire annuler par le juge administratif un act administratif illegal » delaubadere ambre venézia (j.e) gandem et (y) troite de droit administratif paris,1999.p536.

وكما قدم الفقه العربي أيضا تعريفات عديد بشأنها "إذ هي الدعوى التي يرفعها أحد الأخر إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون

أنظر: "سلمان محمد الطماوي الوحيد في القضاء الإداري دراسة مقارنة دار الفكر العربي القاهرة 1686 ص35

ولقد احتلت هذه الدعوى مكانة هامة ضمن المنظومة الدستورية والقانونية فقد نصت المادة 139 من دستور 1996 على ما يلي"تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"

أنظر أيضا المادة 140-143 من نفس الدستور

1 -عيب عدم الاختصاص

يعد عيب عدم الاختصاص أحد صور عدم المشروعية الخارجية يحدد بمفهومه وصوره

أ -مفهوم عيب عدم الاختصاص

يعرف الاختصاص في القرارات الإدارية، بأنه الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين ليتصرف ويتخذ القرارات الادارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية على نحو يعتد به القانون. [1] أو بمعنى آخر الاختصاص هو نلك القدرة على ممارسة العمل القانوني ، فإذا لم تتوفر هذه القدرة لدى الشخص الممارس للعمل القانوني أصبح عمله مشوبا بعيب عدم الاختصاص [2]

ويعتبر عيب عدم الاختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري فهو يمتاز بأنه الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام [3]إذ بإمكان المدعي أن يثيره في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما يحق للقاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه.

ب – صور عيب عدم الاختصاص

ينقسم هذا العيب إلى صورتين تتمثل الأولى في عيب عدم الاختصاص الموضوعي، والثانية في عيب عدم الاختصاص الزماني والمكاني.

---

[1]– عمار عوايدي، المرجع السابق، ص117.

[2]_ خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية . دار الخلدونية ، 2011 ، ص 465 .

[3]– جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص192

ب-1 عيب عدم الاختصاص الموضوعي

يتحقق هنا العيب إذا أما أصدرت جهة إدارية قراراها في موضوع وهي لا تمتلك قانونا إصدار القرار بشأنه، وذلك في الحالات التالية:

- **اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية موازية لها**

كأن يقوم وزير التجارة بإصدار قرار إداري يقضي فيه بتعديل صفقة عمومية مبرمة من طرف وزير الطاقة والمناجم، وهنا يكون هذا القرار اعتداء على اختصاص وزير القطاع الطاقة والمناجم، وبالتالي فهو قرار معيب.

- **اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها**

كقيام موظف بالبلدية بإبرام صفقة عمومية بدلا من رئيس المجلس الشعبي دون أي تفويض منه.[1]

-اعتداء سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة إدارية أدنى منها

وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان العقد الذي يبرمه حاكم الإقليم باسم إحدى المحلات في غير العروض التي يحل فيها محل عمدة هذه المقاطعة.[1]

[1]- براحي سلوى رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية في الجزائر دعوى الإلغاء نموذجا) مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة عنابة، 2007ص ص 146-145

–صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون

فقد خول قانون الصفقات العمومية السلطات التي أعطاها صلاحية إبرام صفقات عمومية ، حق تفويض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية. [2]

ب–2 عيب عدم الاختصاص المكاني

لركن 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 [3] ويكون هذا القرار الإداري معيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني في مجال الصفقات العمومية مثلا إذا قام والى ولاية وهران بإبرام صفقة عمومية تخص ولاية تلمسان، ذلك لا يدخل ضمن اختصاصه إلا أن هذا العيب نادر الحدوث.

ب–3 عيب عدم الاختصاص الزمني

لركن الاختصاص في القرارات الإدارية أيضا عنصر زمني، يقصد به تحديد البعد الزمني أو المدة الزمنية المحددة للسلطة الإدارية المختصة لممارسة اختصاصاها والتي يجوز لها خلالها إصدار قرارات إدارية عمومية متصلة قبل تنصيبه في منصبه [4].

---

[1]– جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود ادارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة المكتب العربي الحديث – الاسكندرية2007، ص 196

[2]– طبقا للمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات

[3]– خلف الله كريمة المرجع السابق ص192

[4]– خلف الله كريمة، نفس المرجع، ص193–192.

2- عيب الشكل والإجراءات

عيب الشكل هو مخالفة الإدارة للقواعد الإجرائية واجبة الإتباع في إصدار القرارات الإدارية سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية[1].

أ -مفهوم عيب الشكل والاجراءات في الصفقات العمومية

ويقصد بعيب الشكل في دائرة العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة بأنه العيب الذي يلحق السند ذاته وهو العيب المادي، كما أنه يتعلق بالعيوب التي تتعلق بإحدى اجراءات التصرف ذاته[2]، وينحصر عيب الشكل في القرارات المكتوبة فقط ومن ثم تستبعد القرارات المتصلة الشفوية من الخضوع له.

أما عيب الإجراءات فيتعلق بالإجراء الذي جرى اتخاذ القرار استنادا عليه.

ب - نطاق عيب الشكل والإجراءات

لقد عمد الفقه وكذا القضاء إلى التفرقة بين قواعد الشكل والإجراءات فهناك إجراءات وشروط يتحتم إتباعها بحيث يترتب على مخالفتها إلغاء القرار بينما لا تنال مخالفة بعض قواعد الشكل من صحة القرار ولا تؤدي مخالفتها إلى تقرير البطلان.

---

[1] -Berlialorice, le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratifs RDP,1941-p.375.

[2]- خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص193.

وتطبيقا لذلك ميز وفرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية وأرجح معيار التميز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية في درجة الجسامة. ومن أمثلة هذا العيب في مجال القرارات المتصلة كأن يصدر قرارا متصلا بعقد الصفقة.

كقرار يقضي بتعديل أو المراقبة أو إجراء جزائي رادع ويكون قد حرر بغير اللغة العربية في حين يعد تحرير القرارات باللغة العربية إشكالية جوهرية، يؤدي عدم مراعاتها إلى إلغاء القرار [1] ولقد أثار مجلس الدولة الجزائري هذا العيب من تلقاء نفسه مما يفيد تعلقه بنظام العام.[2]

ثانيا– حالات عدم المشروعية الداخلية

يكون القرار الإداري المنفصل مشيبا بعيب عدم المشروعية الداخلية إذا ما خالف القانون من حيث الجوهر والمضمون أي مخالفة قواعد المحل، السبب، الهدف او الغاية

1 – عيب مخالفة القانون

يتحدد عيب مخالفة القانون مهما تعددت صوره بمفهومه.

أ -تعريف عيب مخالفة القانون

هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار الإداري، إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثر الذي أحدثه القرار جائزا أو ممكنا قانونا، وعلى ذلك

[1]– عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 46.

[2]– انظر قرار صادر بتاريخ 2002/02/11، مجلة مجلس الدولة، ع 01-2002، ص147.

يرتبط محل القرار الإداري بوجه مخالف لقانون، ويقصد بهذا الارتباط أو الموافقة التطابق لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة وذلك تباعا لمبدأ تدرجها.[1]

ب – صور عيب مخالفة القانون

تتمثل في الحالات التالية:

ب–1 المخالفة المباشرة للقاعدة قانونية

وفي هذه الحالة قد تكون المخالفة إما إيجابية أو سلبية. تتحقق المخالفة السلبية للقاعدة القانونية 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[2]، فمثلا قد يحدد القانون نسب معينة لتعديل مواقع محددة للمراقبة أو مدة زمنية يفرض فيها تنفيذا الصفقة أو بمعنى أجال محددة لتسلم الصفقة، فقد نصت المادة 01/30 مثلا من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية على الإضافة في حجم الأشغال يجب ألا يتجاوز 20%من مبلغ المقاولة وهو نفسه الأمر بالنسبة للإنقاص من حجم الأشغال مما يجعل هذا القرار المتصل معيب بعيب مخالفة القانون إذا ما تم خرق هذا النص.

[1]– خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص194.

[2]– خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص195.

ب–2 الخطأ في تفسير القانون

كأن تقوم الإدارة بتفسير خاطئ للقانون وهو نوعان :

–خطأ عمدي في تفسير القانون

ويقصد به أن تلجأ الإدارة إلى التحايل فتقوم بتفسير القواعد القانونية تفسيرا خاطئا عن عمد، ولما كان القضاء هو الذي يقوم بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء فإنه يترتب على الإدارة أن تلتزم بالتفسير الذي يقوم به القضاء الإداري.[1]

–خطأ غير عمدي في تفسير القانون

تقع فيه الإدارة إذا كان فعلا هناك غموض وإبهام في النصوص القانونية مما يجعل رجل الإدارة يقوم بتفسيرها على غير المقصود قانونا.[2]

ب–3 الخطأ في تطبيق القانون

يجب على الجهة الإدارية ألا تطبق قواعد القانون إلا إذا تحققت الوقائع الموجبة لتطبق نصوص ذلك القانون، وعلى ذلك إذا طبقت الجهة الإدارية القاعدة قانونية على غير الحالة التي قصدها النص القانوني أو في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتطبق القاعدة القانونية كان قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون.

[1]– خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص195.

[2]– عمار عوابدي، المرجع السابق، ص125.

2 - عيب السبب

يشترط لمشروعية القرار الإداري أن يقوم على سبب موجود يمارس قاضي الالغاء رقابته عليه.

أ-تعريف السبب

يشترط لمشروعية القرار الإداري أن يقوم على سبب موجود فعلا، وسبب القرار هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع بجهة الإدارة إلى إصدار القرار الإداري، وتتحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكيفيها القانوني إذا يشترط في السبب أن يكون صحيحا حقيقيا لا صوريا ولا وهميا، وأن يكون محققا وقائما وحالا وقت صدور القرار الإداري كما يجب أن يكون مشروعا وجوهريا.[1]

ب-رقابة قاضي الإلغاء على عيب السبب

لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن إلا بموافقة الإدارة، والتي لها الرفض شريطة أن يستند إلى أسباب معقولة، وليس مجرد الرفض، مثلا كضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، فإن كانت الأسباب غير مبررة فالمتعاقد ينازعها بهذا الخصوص ويستطيع الحصول على الحكم بالإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة،وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في 1908/12/13 في قضية **Guillaume**

[1]- خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص195

الذي يذهب فيه فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من ....على حكم بالإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة.[1]

ويراقب قاضي الإلغاء عيب السبب في القرار الإداري من خلال جملة عناصر اكتشفها القضاء المقارن كما يلي:

ب–1 رقابة قاضي الإلغاء للوجود المادي للوقائع

أي يراقب الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار كان يتأكد من أن السبب الذي أدى إلى إصدار القرار المتصل هو توافر جميع الشروط الشكلية والموضوعية للقرار المتصل والا قضي بإلغاء القرار لعيب في تسببه

ب–2 رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع

بعد مراقبة الوجود المادي للوقائع، يقوم القاضي الالغاء بالتأكد من الوجود القانوني الصحيح للوقائع فقد تقوم الإدارة بتكيف الوقائع تكيفا خاطئا وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري.

[1]– خلف الله كريمة، المرجع السابق،ص206

3 – عيب الانحراف بالسلطة

يحدد عيب الانحراف بالسلطة بضبط مفهومه وصوره

أ–تعريف عيب إساءة استعمال السلطة

يتحقق عيب الانحراف بالسلطة عند ما يمارس صاحب الاختصاص سلطته لتحقيق غيابه مغايرة لتلك التي قررها القانون، وهو مرتبط بالسلطة التقديرية للإدارة، بحيث لا وجود له في حالة الاختصاص المقيد.[1]

ب–صور عيب إساءة استعمال السلطة

يتحقق عيب إساءة استعمال السلطة في الصور التالية :

ب–1 استهداف تحقيق غاية من المصلحة العامة

فإن كان هدف رجل الإدارة من إصداره القرار الإداري تحقيق نفع معنوي أو مادي أو محاباة للغير دون تحقيق المصلحة العامة، كان قراره معيبا بعيب انحراف السلطة ما يقضي إلغاؤه، والمثال على ذلك أن تصدر المصلحة المتعاقدة قرار بإلغاء صفقة عمومية لعدم جدواها تأسيسا على بقاء عرض واحد فقط مطابق للشروط والموصفات القانونية، لكن نية وإدارة المصلحة

[1]– عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص159

المتعاقدة هي حرمان مؤسسة ما صاحبه عطاء تتوافر على الشروط والمواصفات رغبة منها بالتعاقد مع مؤسسة أخرى لا تتوفر على الشروط والمواصفات.[1]

ب-2 مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

أي أن يستهدف القرار الإداري هدف أخر غير الهدف الخاص الذي حدده النص القانوني وذلك في حالة ما إذا حدد القانون بجهة الإدارة أغراض معينة تسعى إلى تحقيقها عند إصدارها بعض القرارات الإدارية[2] ، إذ أن المشرع قد يرسم لُلإدارة هدفا معينا تتقيد به للإصدار قراراتها الإدارية، فإن ما جادت عنه بهدف أخر، ولو كان من المصلحة العامة يجعل قراراها مشيبا بعيب الانحراف بالسلطة.[3]

ب-3 إساءة استعمال الإجراءات

مضمون هذه الصورة أن تلجأ الإدارة بقصد تحقيق غاية معينة إلى إجراء قرره القانون لغاية أخرى، وهذا بقصد التخلص من الشكليات معينة أو ضمانات مقررة للأفراد. كأن تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى إصدار أمر مصلحي في إطار الرقابة والتوجيه، يقضي بإلزام المتعاقد بزيادة عدد ساعات العمل، متفادية اللجوء إلى التعديل الانفرادي كتجنبه للإجراءات الشكلية. و عليه يطعن المتعاقد بالإلغاء في هذا النوع من القرارات تأسيسا على مخالفة القانون ما يجعله

[1]- خلف الله كريمة ،المرجع السابق، ص197

[2]- جمال عباس أحمد عثمان، المرجع سابق، ص220

[3]- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص163.

يخاصم القرار الإداري موضوعيا لا على أساس حقوقه الشخصية المتولدة عن العقد نفسه لأن مجال المنازعة المتعلقة بهذه الحقوق أمام قاضي العقد[1] .

المطلب الثاني: القضاء الكامل ضمانة قضائية للمتعامل المتعاقد.

تدخل تحت طائلة هذا النوع من القضاء، الدعاوي المتعلقة ببطلان العقود الإدارية الدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مبهمة والمنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية، والدعاوي المتعلقة بالفسخ القضائي عندما يقبل المتعامل المتعاقد رفع دعوى الفسح أمام السلطة القضائية المختصة، والدعاوي المتعلقة بالتعويض عن الأضرار والدعاوي المتعلقة بتوقيف الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات مالية، والدعاوي المتعلقة بمبالغ الضمان، الدعاوي المتعلقة بمراجعة الأسعار، والدعاوي المتعلقة بالفوائد التأخيرية ،وعليه أطلق عليها أيضا بالقضاء الشامل إذ يشمل كل هذه الدعاوي.

لذلك سنحاول التطرق إلى مفهوم هذه الدعوى وكذا خصائصها وأهم إجراءات تكوينها لننتقل بعدها لدراسة أهم تصنيفات منازعات الصفقات العمومية الخاصة باختصاص القضاء الكامل .

الفرع الأول: مفهوم دعوى القضاء الكامل

يتحدد مفهوم دعوى القضاء الكامل بتبيان تعريفها وخصائصها وضبط طبيعتها.

[1] _ محمد أنور حمادة ، قواعد تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية ، دار الفكر للنشر ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 138 .

1- تعريف دعوى القضاء الكامل وتحديد خصائصها

سنحاول تناول تعريف دعوى القضاء الكامل من الجوانب التالية:

أ- التعريف التشريعي

لم يتناول المشرع الجزائري صراحة موضوع دعاوى القضاء الكامل في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1996 إلا أن الفقه حمل قصد المشرع إلى الإشارة لهذه الأخيرة، وذلك بقراءة نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها "كما تختص بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا ...." أيضا صياغتاها سنة 1968 التي جاء فيها تختص المجالس القضائية بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها حيث تكون الدولة ..." وفي نفس الشأن في تعديل 18أوت1990 نصت على "....في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها..."

أما فيما يخص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 فقد عددت المادة 801 منه مجالات اختصاص المحاكم الإدارية حيث تضمنت الفقرة الثانية دعاوي القضاء الكامل، إلا أن هذه النصوص تبقى بعيدة كليا عن إعطاء تعريف لهذه الدعاوي كونها تتضمن أحكام الاختصاص القضائي.

ب- التعريف القضائي

لم يختلف الأمر كذلك بالنسبة للقضاء فهو لم يطرح فكرة تعريف دعوى القضاء الكامل فقد اكتفت القرارات القضائية باعتبار نزاع ما يدخل في نطاق دعاوي القضاء الكامل،

ففي قرار صادر عن مجلس الدولة تحت رقم 128944 بتاريخ 1990 /06/08[1] الذي أقر مسؤولية إدارة الجمارك عن ضياع السلسلة العقدية والعقد المودعين إليها حيث جاء فيه "إذا الأمر تعلق بمنازعة من منازعات القضاء الكامل لا يشترط تقديم طلب إداري تدريجي". وكذا قرار مجلس الدولة رقم 10847 المؤرخ في 2004/06/15 جاء فيه أن الأمر يتعلق بدعوى القضاء الكامل هي من اختصاص الغرفة الإدارية المحلية[2] .

ج- التعريف الفقهي

يرى رشيد خلوفي أن وضع تعريف مباشر لدعوى القضاء الكامل مسألة صعبة لا تجد حلا إلا في تقديم تعريف سلبي أو تعريف من باب المخالفة، وعلى هذا الأساس تعرف دعوة القضاء الكامل على أنها الدعوى التي لا تهدف إلى تفسير قرار إداري ومقرر قضائي إداري أو تقرير مشروعية قرارات السلطات الإدارية أو إلغاءها.[3]

من ذلك تسمى بدعاوي القضاء الكامل بالنظر لدور القاضي الذي يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإرجاع الحقوق إلى أصحابها فله أن يحكم بالإلغاء والتعديل والاستبدال عمل آخر.

بعد إبراز وجه العيب في العمل غير الشرعي، ولذي يفضي بالتعويض لصالح المتضرر تبرز دعاوي القضاء الكامل في عدة أشكال والتي سبق وأن ذكرناها وعندما إذا نظرنا في

[1]- قرار رقم128944 بتاريخ 1998/06/08، مجلة مجلس الدولة العدد الأول سنة 2002 ص75

[2]- قرار رقم 10847 بتاريخ 2004/06/15 ، مجلة مجلس الدولة العدد الخاص سنة 2004 ص147

[3]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 185.

مفهوم دعوى القضاء الكامل من ناحية وظيفة سلطات القاضي، فإننا نلاحظ أن تسمية هذا الاتجاه من الدعوى يرجع إلى تولي القاضي لوجهين أحدهما قاضي عادي والآخر قاضي إداري، ويقول . شارل ديباش– إن القاضي الإداري يستطيع فرض عقوبة مالية على الإدارة أو الإلغاء الكلي أو الجزئي للقرارات الإدارية.

يعرفها أيضا الدكتور أحمد رفعت عبد الوهاب على أنها الدعاوي التي يكون للقاضي فيها سلطة كاملة بمعنى أنها لا تتوقف على حد إلغاء عمل الإدارة المخالف للقانون، بل يتعدى ذلك لحسم كافة عناصر النزاع بتحديد المركز الذاتي للطاعن بشكل نهائي

هذا إلى جانب فقهاء كثر المهم أن سلطات القاضي المختص لدعاوي القضاء الكامل متعددة وشاملة بالقياس إلى السلطات القاضي في كل من دعاوي التفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية.

ونقصد أيضا بدعاوي القضاء الكامل تحديد المركز القانوني للطاعن، وهو على عكس قضاء الإلغاء الذي يُقف دور القاضي فيه عند حد إلغاء القرار الإداري الغير مشروع أو إدانة أعمالها المخالفة للقانون بل يتعدى دوره لإثبات المركز القانوني للطاعن وتبيان الحل السليم في المنازعة المطروحة أمامه.[1]

إذا كانت التعاريف تستند إلى سلطات القاضي الكاملة في حسم النزاع فإن الأستاذ سليمان الطماوي إن كان يأخذ بهذا التعريف إلا أنه لا يقر تسميته لما يدره من فهم خاطئ

[1]– براهيم عبد العزيز شيحة، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص295

لأنها توحي بأن أنواع القضاء الإداري الأخرى ليس كاملة لكنها حقيقة كاملة في الحدود المسطرة لها قانونا لأن قضاء الإلغاء هو قضاء معد ومنظم لمجرى إلغاء القرارات الإدارية فالفرد يطلب الإلغاء والقاضي يجيب لطلبه كاملا متى تحققت أسبابه ودواعيه، لذا يفضل استعمال مصطلح قضاء التعويض.[1]

رغم أن هذا الرأي لا يبدو مقبولا لأن دعوى التعويض ليست سوى صورة من صور القضاء الكامل ليس كله، ويُرجع الأستاذ رشيد خلوفي سبب ذلك إلا ان الهدف المنتظر من دعوى القضاء الكامل في بعض القضايا لا تنتهي بتعويض مثل المنازعات الانتخابية ومنازعات الضرائب

2- خصائص دعوى القضاء الكامل

سبق وأن أشرنا أن للقاضي الإداري سلطات واسعة فيما يخص دعوى القضاء الكامل بحيث عمد الفقه إلى استخراج أهم الخصائص التي تتمتع بها دعوى القضاء الكامل التي يكاد هناك إجماع حولها وهذا ما سنتولى عرضه فيما يلي.

أ-دعاوي القضاء الكامل شخصية وذاتية

معنى ذلك أن هذه الدعاوي يرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة على أساس حجج ومراكز وأوضاع قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة باعتراف أو تقرير

[1]- سليمان محمد الطماوي،القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، جامعة عبد الشمس، 1976، ص306

حقوق شخصية مكتسبة وحمايتها القضائية عن طريق الحكم بتعويض الكامل وعادل ولازم لإصلاح الاضرار المادية والمعنوية التي تصيبها بفعل نشاط الإداري غير شرعي والضار.[1]

فالقضاء الشخصي هو القضاء الذي يتعلق بحق من الحقوق الشخصية أو بمركز من المراكز الشخصية أو هو القضاء الذي يثار فيه النزاع حول مركز قانوني شخصي فردي خاص وليس موضوعي عام كقضاء التعويض ومنازعات العقود الإدارية.[2]

وعليه فإن دعوى القضاء الكامل تختلف عن دعاوي الموضوعية التي تؤسس على مراكز وأوضاع قانونية عامة والتي تستهدف تحقيق رعاية قانونية لمركز وأوضاع قانونية عامة وكذا حماية شرعية لأعمال الإدارية والنظام القانوني في الدولة[3] .

فالقضاء الموضوعي هو قضاء يتعلق بالحق الموضوعي أو المساس بالمركز القانوني الموضوعي وبعبارة أخرى هو القضاء الذي يشار فيه النزاع حول انتهاك القاعدة القانونية العامة أو المساس بمركز قانوني موضوعي فطبيعة النزاع أو جوهره هو مخالفة الإدارة للقانون أو القاعدة القانونية العامة أو المساس بالمركز القانوني العام للمدعي ومثاله قضاء الإلغاء [4].

[1]- جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2002 -2003، ص313

[2]- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي، مرجع سابق، ص303

[3]- عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص303

[4]- جورجي شفيق ساري، المرجع نفسه ، ص313.

ب–دعاوى القضاء الكامل قضائية

المقصود هنا أن الدعاوي القضاء الكامل ليست مجرد تظلم أو طعن إداري، لأنها ترفع أمام جهة قضائية تابعة للسلطة سواء تعلق الأمر بالمحاكم الإدارية كقاعدة عامة أو أمام مجلس الدولة عن طريق الارتباط، لا سيما الطعون الإدارية على اختلافها توجهها وترفع أمام جهة إدارية تابعة لسلطة التنفيذية سواء كان الطعن ولائي أو رئاسي لدى لجنة مختصة، وتدور دعوى القضاء الكامل ككل دعوى قضائية طبقا لشروط وإجراءات قانونية المقررة وتنتهي بصدور الحكم فيها.[1]

ج– دعوى القضاء الكامل تنتهي لقضاء الحقوق

ويقصد بذلك أنها ترفع عن ذوي الصفة والمصلحة أمام السلطات القضائية المختصة على أسس وحجج قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة بالاعتراف بوجود حقوق شخصية ذاتية مكتسبة في مواجهة السلطات الإدارية أو المطالبة بحمايتها قضائيا عن طريق الحكم بالتعويض الكامل والعادل اللازم للإصلاح الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها.

ويملك القاضي المختص بذلك سلطات ووظائف كاملة، فدعاوي القضاء للحقوق تستهدف حماية الحقوق الشخصية المكتسبة في النظام القانوني والقضائي السائد في الدولة[2]. إن القاضي في هذه الدعاوي يتمتع بسلطات واسعة أو كاملة لذلك سمي بالقضاء الكامل حيث

[1]– عبدلي سهام، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر مذكرة ماجستير في القانون العام تخصص قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،2009/2008، ص 123.

[2]– عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي في الجزائر، المرجع السابق، ص306

يملك فحص النزاع المعروف من جميع جوانبه القانونية والواقعية وله أن يحكم بعدم قانونية العمل الإداري المعروض عليه بل وتقرير مسؤولية الإدارة والحكم عليها بالتعويض وله أيضا تعديل القرار لموضوع النزاع واستبداله بغيره [1].

بخلاف دعاوي قضاء الشرعية التي تؤسس وتقام على أساس مراكز وأسس قانونية عامة، التي تستهدف بالإضافة إلى حماية المصلحة الخاصة لرافعها تحقيق أهداف المصلحة العامة بواسطة حماية شرعية الأعمال الإدارية والنظام القانوني وحماية مبدأ الشرعية، وتتحدد سلطات ووظائف القاضي المختص ضيقًا واتساعًا ضعفًا وقوةً عن دعوى أخرى [2].

فدور القاضي في دعوى الإلغاء يقتصر على إلغاء القرار غير الشرعي دون ترتيب أثار هذا الإلغاء وكذلك دعاوي فحص الشرعية دون التعدي سلطته إلى إلغائه أو ترتيب أثار هذا الإلغاء.

ثانيا– نطاق تطبيق دعوى القضاء الكامل

إن تحديد الجهة المختصة التي تنظر في منازعات الإدارة لا ذو أهمية بالغة إذ تسهل أكثر على المتقاضي المتعامل المتعاقد معرفة الجهة القضائية التي يرفع أمامها دعوى ضد تصرفات الإدارة ما يجنيه عناء البحث عن الجهة القضائية المختصة لحماية حقوقه وحرياته ليس هذا فحسب بل يسهل أيضا على الجهات القضائية معرفة اختصاصها بالنظر والفصل في المنازعات

[1]– جورجي شقيف ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص310.

[2]– عمار عوايدي المرجع السايق، ص305

التي تكون الإدارة طرفا فيها، مما يؤدي إلى المحافظة على الوقت والجهد، ويترتب على معرفة الجهة المختصة بالفعل في النزاع الإداري الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم الإدارية والقواعد الموضوعية التي يتم بمقتضاها الفصل في النزاع أمام المحاكم الإدارية.

حيث أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر دعوى القضاء الكامل لهذا يتطلب الأمر منا رسم نطاق اختصاص المحاكم الإدارية.

1- الاختصاص النوعي

المقصود بذلك هو نصيب كل جهة قضائية من الدعاوي المعروضة أمام القضاء بالنظر إلى نوعها، ويعتبر الاختصاص النوعي من الوسائل الجوهرية التي يعني بها كل الأطراف الدعوى والقاضي على حد سواء وهذا ما أكدت عليه المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام وتثور بإثارة الدفع بدعوى الاختصاص عن أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي".

ولهذا سنتناول بالدراسة الاختصاص النوعي كما يلي:

أ-المعيار العضوي كمؤشر لتحديد دعوى القضاء الكامل

تقضي القاعدة العامة أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بنظر دعوى القضاء الكامل وما أكده المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تضمنت المادة

801 منه في الفقرة الثانية اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوي القضاء الكامل، وجاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- دعاوي إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوي فحص المشروعية
- دعاوي القضاء الكامل...."

باعتبار أن المحاكم الإدارية هي جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها [1].

إذن المقصود بالمعيار العضوي هو التركيز في تحديد طبيعة العمل أو التصرف على الجهة أو العضو الذي صدر منه العمل دون النظر إلى ما هيه وجوهر وطبيعة العمل ذاته.[2]

وهذا على عكس المعيار المادي الذي لا يرتكز على طبيعة لأطراف النزاع كما هو الحال بالنسبة للمعيار العضوي بل على طبيعة النشاط أو الصلاحيات التي يتمتع بها أحد الطرفين في النزاع، وتتمثل طبيعة النشاط في معيار المرفق العام أو الامتيازات التي يتمتع أحد الطرفين فتتجسد في معيار السلطة العامة إلى جانب نظريات أخرى في تحديد المعيار المادي كنظرية المنفعة العمومية ونظرية الأموال العامة والتي تشكل التطور الأول للمعيار المادي والذي نقصد به بما يسمى الامتيازات السلطة العامة la prorogations de puissance.

وبالتالي لا يرتكز هذا المعيار على الجهة الإدارية مصدره القرار والتي تقوم بالعمل ا لمادي لأنها

[1]- راجع المادة 800 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2]- صاش جازية، المرجع السابق ،ص117

قد تفرض بعض امتيازاتها إلي أشخاص معينة غير الإدارة في اطر مثل صفة عمومية أو امتياز ولقد اعتبر القضاء الفرنسي الإداري أن القرارات التي تصدرها الأشخاص الخاصة أو النشاط الذي يقوم به في إطار تحقيق مصلحة عامة من اختصاص القضاء الإداري في حالة حدوث نزاع[1].

ويتضمن المعيار المادي بصفة عامة عنصرين: نشاط السلطة التنفيذية من ناحية وامتيازات السلطة العامة من ناحية الأخرى[2].

فالعبرة من تحديد اختصاص الغرف الإدارية بالإدارة المدعية أو المدعي عليها، إذ كلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية الإدارية طرفا في النزاع كلما انعقد الاختصاص للغرف الإدارية (المحاكم الإدارية) بغض النظر عن طبيعة النشاط [3]فالنزاع يعد إداريا، يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري دون أن يكون لطبيعة النزاع أهمية في ذلك سواء تعلق بأعمال الإدارة العامة، أو أعمالها بصفتها سلطة عامة أو اتصل بمرفق عام[4].

حيث يعتبر النزاع إداريا عندما يكون الشخص العمومي طرفا فيه وبالتالي لا يمكن للمحاكم العادية وفقا لهذا المعيار أن تختص إطلاقا بالمنازعات الإدارية إلا إذا وجد نص صريح يخول ذلك[5].

---

[1]- رشيد خلوفي، ،شروط قبول الدعوى الإدارية، المرجع السابق، ص327

[2]- المرجع نفسه، ص329

[3]- نبيل الصقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين ميلة-الجزائر، 2008 ، ص56 .

[4]- مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج 3 ، المرجع السابق ، 355 .

[5]- سكاكني بايه، دور القاضي بين المتقاضي والإدارة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط01 ، 2006 ، ص 67 .

ب–استثناءات الواردة على المعيار العضوي

إذا كان المعيار العضوي هو القاعدة العامة في تحديد اختصاص القاضي الفاصل في منازعة الإدارة فإن المشرع أورد مجموعة من استثناءات على سبيل الحصر لأن الاختصاص لا ينعقد للمحاكم العادية في مجال المنازعات الإدارية إلا إذا وجد نص صريح يقضى بذلك[1]

هذه استثناءات وردت في نص المادة 802 قانون الإجراءات المدنية الإدارية وجاء فيها خلافا لأحكام المادتين 801/800 أعلاه يكون من اختصاص المحاكم العادية.

المنازعات التالية:

- مخالفات الطرق
- المنازعات المتعلقة بكل الدعاوي الخاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن المركبة التابعة للدولة أو لأحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية[2]

4 – الاختصاص الإقليمي

يقصد بقواعد الاختصاص المحلي أو الإقليمي، تلك القواعد التي تنظم توزيع المحاكم على أساس جغرافي، هذه القواعد التي وضعت من أجل حماية الخصوم ومصالحهم من أجل السرعة في فض المنازعات وتقريب القضاء من المتقاضي[3]

[1]– مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج 3 ،المرجع السابق، ص 356 .

[2]– راجع المادة 802 من ق إم إ .

[3]– مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، ج 3 ،المرجع السابق، ص145.

أ- قواعد الاختصاص الإقليمي

تجدر الإشارة إلا أن الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية لا يطرح أي أشكال على المستوى القانوني، إذ يعود إلى تنظيم مهمة رسم المعالم الجغرافية والإقليمية [1]، حيث يتحدد الاختصاص المحلي للغرف الإدارية (المحاكم الإدارية) بالاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية التي توجد بها كل غرفة إدارية محلية والتي تختص بالمنازعات الإدارية الحاصلة في النطاق الجغرافي للمجلس القضائي الذي تأخذ به.

بالرجوع لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها وضعت قاعدة عامة تعقد الاختصاص لجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه في مجال المنازعات الإدارية عادة ما تكون الإدارة في مركز المدعي عليها وبالتالي ينعقد الاختصاص للغرفة الإدارية مجلس قضائي الذي يوجد بدائرة اختصاصها موطن الهيئة الإدارية المصدرة لتصرف العمل الإداري [2] كما أردفت المادة 38 من نفس القانون أنه في حالة تعدد المدعي عليه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

كما أوردت المادة 39 وكذا المادة 40 من نفس القانون على أنه ترفع الطلبات المتعلقة ببعض المواد المذكورة على سبيل الحصر بعقد الاختصاص الإقليمي فيها إلى جهة إدارية حسب كل حالة نذكر منها:

---

[1]- المرجع نفسه، ص 148.

[2]- صاش جازية،المرجع السابق، ص147

-في الدعاوي المتعلقة بفرض الضريبة والرسوم أمام الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة والرسوم.

-في الدعاوي المتعلقة بالأشغال العمومية أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الأماكن المتعلقة بالصفقات العمومية بجميع أنواعها أمام الجهة القضائية للمكان الذي أبرم فيه عقد الصفقة وفي دعاوي الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة أمام الجهة القضائية التي وقعت في دائرة اختصاصها تلك الأضرار[1].

أما بالنسبة للمحاكم الإدارية فقد اتسم إنشاؤها بغياب المعيار العلمي الدقيق اذ تعذر الوصول إليه الذي تأثر به المشرع في توزيع قواعد الاختصاص المحلي [2]وخاصة للاعتراف للمحكمة الإدارية باختصاص ولاية أو الاثنين أو ثلاث ولايات، فهل هو معيار الكثافة السكانية أو عدد البلديات المعنية باختصاص المحكمة الإدارية ؟ثم إن مقابلة الأرقام بعضها قد يخلق عدم الانسجام بخصوص توزيع قواعد الاختصاص المحلي بين المحاكم الإدارية.

فيما يخص قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يخرج عن القواعد السابقة وذلك في المادة 803 منها التي أحالت إلى تطبيق أحكام المادتين 37-38 التي كرست موطن المدعي عليه لتحديد الجهة القضائية المختصة وفي حالة تعدد المدعي عليهم يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها موطن أحدهم.

[1]- عمار بوضياف، النظام القانوني للمحكمة الإدارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص71

[2]- راجع المواد 38-39-40 من ق إ م إ .

إلا أنه قام بحصر حالات كانت تنظمها نصوص خاصة في المادة 804 التي تنص على أنه خلافا للأحكام المادة 803 أعلاه ترفع الدعاوي المدنية أدناه وجوبا أمام المحاكم الإدارية المحددة على النحو التالي:

- في مادة الضريبة والرسوم أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة والرسم.
- في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال
- –في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان يوم العقد
- في مادة المنازعات المتعلقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية الإدارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تعين
- في مادة الخدمات الطبية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محكمة مكان تقديم الخدمات
- في مادة التوريدات والأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما فيه

- في مادة تعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو فعل يقصد أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفعل الضار.
- فيما يخص إشكالات التنفيذ للأحكام الصادرة عن الجهة القضائية الإدارية أمام المحكمة الصادرة عن الجهات التي صدر عنها الحكم بالموضوع ، كما نصت المادة 805 على أن اختصاص المحكمة الإدارية المحلية بالطلبات الإضافية أو المعارضة أو المقابلة التي تدخل ضمن الطلبات الأصلية التي تدخل في اختصاص المحكمة الإدارية إذ تختص المحكمة الإدارية أيضا بالنظر في الدفوع التي تكون من اختصاص الجهة القضائية الإدارية، ويبقى الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية والذي يتحدد عن طريق التنظيم.

ب- طبيعة قواعد الاختصاص الإقليمي

يقصد بطبيعة الاختصاص المحلي مدى إلزاميتها بالنسبة للمتقاضي والقاضي باستقراء نص المادة 93 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي:

"عدم الاختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، وفي جميع الحالات الأخرى يجب أن يبدي الدفاع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع أخر"

يفهم من نص المادة أن هناك تميز بين قواعد الاختصاص النوعي التي تعد من النظام العام وقواعد الاختصاص الإقليمي التي يجب بدأها قبل أي دفع في الموضوع ما يفيد أن هذا الدفع غير ممكن في كل وقت أو في أي مرحلة كانت عليها دعوى ولا يجوز للقاضي إثارته من

تلقاء نفسه كما أن المادة 462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها :"وإذا طرأ البطلان أو عدم صحة الإجراءات بعد تقديم الموضوع فلا يجوز إبداء الدفع به إلا قبل المناقشة في موضوع الإجراء الذي تناوله البطلان"

ويدخل في عدم صحة الإجراءات أن عدم تنفيذ بقواعد الاختصاص الإقليمي يكون قبل أي مناقشة في الموضوع وبالتالي الاختصاص الإقليمي من النظام العام غير أن ذلك يخص القاعدة العامة أما في مجال المنازعات الإدارية فإن المواد 7و8 من قانون الإجراءات المدنية اعتبرت الأمر مختلف ذلك أن المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية، قامت بوضع قاعدة أمرة تفيد في تحديد مصطلح الاختصاصي، كما أن المادة 8 الفقرة 2 جاءت صريحة بنصها" ومع ذلك ترفع الطلبات المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها". أي أنها قطيعة وهو ما كرسه قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية جابورسارو بتاريخ 1996/03/03 حيث جاء فيه ولهذا فإن عدم الاختصاص سبب المكان يمكن إثارته ليس فقط في أي مرحلة من مراحل الدعوى بل كذلك يثيره القاضي تلقائيا"[1]

وعليه فإن الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية الإدارية من النظام العام، وهو ما كرسه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أكد في المادة 807 على أن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام وتجوز إثارته من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي.[2]

[1]- رشيد خلوفي ،تنظيم اختصاص القضاء الإداري، المرجع السابق، ص136 .

[2]- راجع المادة 807 من ق إ م إ.

3 – تنازع الاختصاص

سنحاول التطرق إلى تنازع الاختصاص في نقطتين هامين أولاهما تنازع الاختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري ثانيها تنازع الاختصاص داخل جهات القضاء الإداري

أ – تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري و القضاء العادي

نصت المادة 152 من الدستور على أنه تؤسس محكمة لتنازع لتتولي الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة ولقد تأسست محكمة التنازع بموجب القانون 98-03 كما نصت المادة 2 من القانون العضوي رقم 05-11 المتعلق بتنظيم القضائي على ما يلي:"يشمل التنظيم القضائي النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع" وبناء عليه فإن المحكمة التنازع تابعة للتنظيم القضائي وليست تابعة لجهة إدارية وليست محكمة متخصصة.

كما أنها مستقلة عن جهة القضاء العادي وجهة قضاء الإدارة حيث تتمتع بوضع ومكانة متميزين فهي تنظيم قضائي من حيث تكوينها وإجراءات وأساليب سيرها، عملها وقضائها ذو طبيعة خاصة فهو ليس قضاء ابتدائيا ولا استئناف ولا نقض إنما هو قضاء لتوضيح وتحديد الاختصاص في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري وقضاءها ملزم لكلا الجهتين وغير قابل للطعن بأي فريق كان.

ما يمكن تسجيله على المادة 152 من الدستور أنها قصدت اختصاص محكمة التنازع على حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة، فنصت أن المادة 03 من

القانون العضوي 98-03 وسعت في اختصاصها ليشمل تنازع الاختصاص بين الجهات الخاضعة للنظام القضائي الإداري والجهات الخاضعة للنظام القضائي العادي ما دفع بالبعض للقول بعدم دستورية المادة 03 من القانون العضوي 98-03 .

غير أن ما يهمنا في هذا الإطار هو حالات تنازع الاختصاص:

أ-1-حالات تنازع الاختصاص

تضمن القانون العضوي 98-03 حالات تنازع الاختصاص والتي تأخذ ثلاث صور التنازع الايجابي والتنازع السلبي.

-التنازع الإيجابي

وهو أن تشمل كل جهة من جهة القضاء العادي والقضاء الإداري باختصاصها بالنظر لدعوى معينة حيث نصت المادة 16 من القانون العضوي 98-03 على أنه تكون تنازعا في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان أحدهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري باختصاصها للفصل في نفس النزاع ويقصد بنفس النزاع عندما يتقاضى الأطراف بنفس الصفة أمام جهة إدارية وأخرى قضائية عادية، ويكون الطلب مبنيا على نفس السبب ونفس الموضوع المطروح أمام القاضي.

فالتنازع الايجابي هو وضع قانوني غير سليم يحمل أشكالا قانونيا، مثل كأن تعترف المحكمة المدنية بالطابع المدني للعقد وفي نفس الوقت تعتبره جهة قضاء الإدارة من العقود

الإدارية، فهذا وضع يعني وجود خطأ في التكيف وتصور مختلف لذات النزاع، فهو مالا يؤدي إلى تضارب الأحكام من جهتي القضاء.[1]

-التنازع السلبي

في هذه الوضعية تقر كل من جهة القضاء العادي وقضاء الإدارة عدم الاختصاصها بالنظر في نفس النزاع، وقد نصت على هذه الحالة المادة 16 من القانون العضوي 98-03 التي جاء فيها "يكون تنازعا في الاختصاص، عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القانوني القضائي العادي والأخرى للنظام القضائي الإداري بعدم اختصاصها للفصل في النزاع" ومثاله أن يرفع شخص دعوى أمام جهة القضاء العادي فتقضي بعدم اختصاصها ثم أمام جهة القضاء الإداري فتقضي بعدم اختصاصها أيضا، وهو ما يشكل حالة إنكار العدالة إذ كيف يتصور وجود منازعة دون قضاء فيها وهو أمر يتنافى ومقتضيات العدالة الطبيعية وحقوق الإنسان.[2]

أ-2التعارض بين حكمين نهائيين

نصت المادة 17 من القانون العضوي 98-03 على هذه الحالة والتي جاء فيها "في حالة التناقض بين أحكام نهائية ودون مراعاة للأحكام المنصوص عليها والفقرة الأولى أعلاه تفصل محكمة التنازع بعيب الاختصاص"

[1]- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية، 1962-2000 ،جسور للنشر و التوزيع 1999، ص96

[2]- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية، 1962-2000 ، المرجع السابق، ص96 .

لا يمكن إدراج هذه الحالة ضمن التنازع السلبي لأن كل جهة تصدر حكما ولم تصرح بعدم اختصاصها، وعليه لقيام حكمين نهائيين يشترط ما يلي:

- أن تصدر حكمان نهائيان في موضوع الدعوى أحدهما عن القضاء العادي والآخر عن القضاء الإداري ولا يقبلان الطعن بأي طريقة من طرق الطعن.
- أن يتعارض الحكمان تعارضا يؤدي إلى إنكار العدالة بالنسبة لشخص رافع الدعوى
- أن يكون بصدد وحدة موضوع الدعوتين ولا يشترط وحده أطراف النزاع وذلك نظرا لتمتع كل من جهات قضاء الإدارة وجهات القضاء العادي بالاستقلال والسيادة ممارسة اختصاصهما فيحدث أن تصدر أحكاما قضائية متعارضة من الجهتين في موضوع نزاع واحد.

ب- تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري

تنص المادة 808على أنه"يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمتين إداريتين إلى مجلس الدولة"

يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة إلى اختصاص مجلس الدولة بكل غرفة مجتمعة"

لهذا يكون لمجلس الدولة كل صلاحيات الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري,يظهر القانون المطبق على النزاع من خلال تطبيق النصوص القضائية وبطبيعة

الحال سبق [1] وأن أشرنا في هذا نوع ضمن هذا إلى أثر المعيار العضوي على الاختصاص القضائي، فإن كان هذا المعيار قد وسع مفهوم دعوى القضاء الكامل لتشمل الدعاوي العادية للإدارة.

فما هو موقف القاضي من ذلك؟ وهل سيطبق القانون العادي على النزاع العادي للإدارة؟

بما أن المعيار لعضوي يعقد النزاع للاختصاص قاضي الإدارة سواء كانت الإدارة مدعية أو مدعي عليها فالإدارة عندما تدعي تطالب بحقوقها في مواجهة الأفراد والقانون المطبق على الأفراد هو القانون الخاص.

وبالإجابة في التساؤلات السابقة سنحاول الرجوع إلى العمل القضائي بالنسبة لدعاوي الإدارة العادية، ولدعاوي الإدارة المدعية ، حيث أنه بالنسبة **بالنسبة لدعاوى الإدارة العامة** سنحاول التعرف على القانون المطبق على هذا النزاع العادي هل هو القانون الخاص نظرا لطبيعة موضوع النزاع، أو القانون الإداري نظرا لطبيعة النزاع الناتجة عن المعيار العضوي. لاسيما وأن العديد من التصرفات القانونية كيفت من طرف المشرع على أنها تندرج ضمن القانون الخاص منها، مادة 679 فقرة 1 من القانون رقم 98-04 المتعلقة بحماية التراث الثقافي والمادة 02 فقرة 01 من القانون 91- 11 المتعلق بنزاع الملكية من أجل المنفعة العامة.[2]

[1]- راجع المادة 808 من ق إ م إ .

[2]- راجع القانون رقم 11/91 مؤرخ في 1991 المتضمن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ،و قانون رقم 04/98 مؤرخ في 1998 المتضمن حماية التراث الثقافي ومرسوم التنفيذي رقم 93-186المؤرخ في 1996 المتضمن كيفيات تطبيق قانون رقم 91-11 لمتضمن قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية .

وهذا كمثال فقط على أن هذه النصوص تضمنت عقود كيفت من طرف المشرع بأنها عقود القانون الخاص وحين طبقا مادة 07 من قانون الإجراءات المدنية تختص بالنظر فيها القاضي المختص بالمنازعات الإدارة [1] إضافة إلى أعمال الإدارة والتسيير التي تجريها الإدارة العامة بمقتضى القانون الخاص فهي ليست من أعمال السلطة لكن يختص بها قاضي الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي وهو ما يؤدي للتأكد على أن القاضي الجزائري هو قاضي الإدارة وليس قاضي النشاط الإداري.[2]

أما بالنسبة للإدارة المدعية القاعدة تقضي أن القاضي الإداري يختص بالنظر النزاع كلما كانت الإدارة طرفا في الدعوى سواء كانت هذه الإدارة مدعي أو مدعى عليها، وفي هذه الحالة يمكن أن تخضع للقانون الإداري المنظم لها، كما يمكن أن تكون الإدارة العامة مدعية وفي هذه الحالة يكون القانون المطبق على الأفراد هو القانون العادي.

الفرع الثاني: تجليات الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة من خلال المنازعات الموضوعية للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل

تأخذ المنازعات الموضوعية للصفقات العمومية الخا ضعة للاختصاص القضاء الكامل جملة من الصور أهمها:

[1]- ناصر لباد القانون الإداري، لباد للنشر والتوزيع ، الجزائر، ط01 ، 1999 ، ص404

[2]- خلوفي رشيد، تنظم اختصاص القضاء الإداري، المرجع السابق، ص340

أولا – دعوى الحصول على مبالغ مالية

بإمكان المتعامل المتعاقد الذي أوفى بما عليه من التزامات تعاقدية مع هذه المصلحة المتعاقدة أن يتقدم برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية للمطالبة بمستحقاته والتي تعد حقا شرعيا له. طبعا في حالة قيام الإدارة المتعاقدة بمنازعته في مقابله المالي .

بحيث في هذا الإطار أصدر المجلس الدولة الجزائري قرارا في 20 جانفي 2004 في قضية لبلدية باتنة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات [1]كما سبقه قرار مؤرخ في 15 / 04/ 2003 في قضية مقاولة الأشغال العمومية أزكر الميلود ضد بلدية تنس [1] إضافة إلى قرار الصادر في 17- 06 – 2003 بشأن قضية المؤسسة الخاصة للأشغال العمومية والعمارات ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي.[2]

ليس هذا فحسب بل له أيضا حق الحصول على المبالغ التي تكون ناتجة حتى عن الأشغال الإضافية حيث أصدر مجلس الدولة في هذا الشأن قرارا مؤرخا في 15 -04- 2003 في قضية '(ق ع) لبلدية متليلي وموقفه من الجمع بين مبلغ الأشغال الإضافية والمطالبة بفوائد التأخير والذي قرر بخصوصه أن الطلب الخاص بالفوائد عن التأخير في تسديد وضعية مراجعة الأسعار الخاصة بالأشغال الإضافية ابتداء من سنة 1982 إلى غاية 1993

[1]- قرار المجلس رقم 008072 مؤرخ في 2003/04/15، قضية مقاولة الأشغال العمومية ميلود ضد بلدية تنس نقلا عن عمار بوضياف شرح تنظيم صفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص322

[2]- قرار مجلس الدولة رقم 007887 مؤرخ في 2003/06/17 قضيته المؤسسة الخاصة للأشغال العمومية والعمارات ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوزريعة (غير منشور) عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص322.

لا أساس له [1]، كما أصدر قرار مؤرخا في 12- 07- 2005 قضيته ق.ع.ب" ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة والذي جاء في حيثياته ما يلي :"حيث أن الأشغال الإضافية كانت ضرورية للإنهاء مشروع ، وأن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال.[2]

كما أنه يرجع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء خطأ جهة الإدارة المتعاقدة وهو يصدر تنفيذه لتعاقده معها [3] ، كأن تتخذ الإدارة إجراءات من شأنها الإساءة إلى مراكز المتعاقد معها وهو ما يسمى بنظرية فعل الأمير وفي هذه الحالة فإن المقاول المتعاقد من حقه اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على تعويض لجبر الضرر اللاحق به نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد،و في هذا الإطار اتجهت المحكمة العليا بدار البيضاء إلى أن قيام السلطة المحلية بالزيادة في أسعار الرسوم المقروضة على التجار والحرفين للدخول إلى السوق الأسبوعي خارج إطار العقد مع ما يترتب عن ذلك من مقاطعتهم للسوق وحصول أضرار للمتعاقد مع الإدارة يقتضي تعويضه تعويضا كاملا وافقا نظرية فعل الأمير.[4]

---

[1]- قرار المجلس الدولة غرفة أولى رقم 006052 مؤرخ في 2003/04/15 عمار يوضياف، المرجع نفسه، ص 322.

[2]- قرار مجلس الدولة فرفة أولى فهرس 927 قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة ، ع 7 ، 2005 .

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، 2008، ص307

[4]- موساوي رشيدة ، نزاعات الصفقات العمومية قبل الإبرام مقال منشور على الموقع الالكتروني
http://Mesoui .jeerm.com,le 16-02-2015à11h35 m.

كما ذهبت المحكمة الإدارية بمراكش عن طريق دعوى أقيمت من طرف شركة "ماربيل" على بلدية مراكش المدينة "والتي اعتبرت أنه من حق الشركة المدعية بعد إنجاز الأشغال المطلوبة منها لفائدة البلدية بمقتضى صفقة الأشغال المطلوبة بمستحقاتها التي تبقى دينا بضمة البلدية المتعاقدة ، الشركة المدعية تستحق تعويض عن التماطل بعد ثبوت إنذارها ومطالبتها لها بأداء مستحقاتها عن طريق البريد المضمون بعد الإشعار بالتسليم.[1]

وعليه يجب أن يكون التعويض مقابل جميع ما أصاب المتعاقد مع الإدارة من أضرار أي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ويقدر التعويض حيث مقدار الضرر لا جسامة الخطأ، وأساس ذلك هو المسؤولية العقدية ويتولى للقاضي بدوره تحديد مقدار التعويض بناء على ما طلبه المضرور.

والتعويض هو عنصر كاشف لوضعية ما ، فالتعويض الكامل مثلا يقدره القاضي تبعا لسلطة التقديرية طبعا بعد تقديره وقت إصلاحه لا وقوعه كحالة إنهاء الإدارة لعقد الأشغال العامة دون صدور الخطأ من المقاول فالإدارة في هذه الحالة تلتزم بتعويض المقاول خاصة إذا كان قبل حلول الأجل المتفق عليه في العقد .تكون هذه التعويضات على نوعين يتمثلان في التعويضات عن الأعمال المنجزة لغاية صدور قرار الإنهاء.

[1] -www.achewar.com

أما النوع الثاني فإنه يشمل تعويض المتعامل المتعاقد المقاول على الكسب الذي فاته وأنجز الأشغال المتفق على انجازها [1] والمصلحة المتعاقدة لا يقع على عاتقها فقط الالتزام بأداء المقابل المالي بل تلتزم أيضا بعدم التأخير في الوفاء بهذا الالتزام، إذ يشكل خطأ يرتب مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد معها دون حاجة منه للإثبات أن هناك ضرر ترتب على ذلك، وهذا ما أكدته العديد من القرارات الصادر عن المجالس القضائية (الغرفة الإدارية) ونأخذ على سبيل المثال القرار الصادر عن المجلس قضاء تلمسان في القضية رقم 00766/07 بتاريخ 2007/09/29 والذي يتضمن مجموعة من الوقائع أهمها أن المدعي قام بإنجاز أشغال معينة ولكن لم تقم المصلحة المتعاقدة بتقديم المبالغ المالية المتفق عليها في الوقت المحدد مما دفع بالمتعاقد رفع دعوى قضائية يطالب فيها بهذه المبالغ حيث قرر المجلس القضائي بأداء المقابل المالي إضافة إلى تعويض عن كافة الأضرار اللاحقة من جراء تأخر والتماطل[2].

كما تثور مسؤولية الإدارة المتعاقد أو المصلحة المتعاقد التعاقدية إذا امتنعت أو تأخرت عن أداء أورد التأمين النهائي في حالة إذا ما قام المتعاقد معها بإثبات أنه قام بكل التزاماته التعاقدية وأوفى بها كما ينبغي فور انتهاء من تنفيذ الصفقة العمومية لأن التأخير هنا تعارض ومبدأ حسن النية الواجب توافره في العقود الإدارية.[3]

---

[1]- محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على السلطة ادارية في فرض جزاءات على المتعاقد معها (إدارية مثقارنة) منشورات لكلية الجغرافية لبنان ، ط 01 ، 2010 ، ص253 -255 .

[2]- القرار الصادر في 2007/09/29 عن مجلس القضاء تلمسان الغرفة الإدارية رقم قضية 07/0 .

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،المرجع السابق ،ص105.

ثانيا– دعوى المطالبة بإبطال تصرفات الإدارة غير مشروعة

للمصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها الذي ينتج عن مبدأ الشروط استثنائية التي تنطوي عليها كافة العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة ما يجعلها تتميز عن تلك العقود التي تبرمها الإدارة من عقود مدنية و التي تقوم على مبدأ المساواة والتوازن بين التزامات المتعاقدين واعتقد أننا تطرقنا فيما سبق بصور هذه السلطات الاستثنائية. والتي تستمدها الإدارة المتعاقدة من كونها طرفا في الصفقة العمومية إلا أن هذا لا يعني الإطلاق في ذلك بالرغم من هذا الاستثناء إلا أن تنظيم الصفقات العمومية قيد من حرية الإدارة ليكبح جماحها فلا إفراط ولا تفريط لأن الإفراط قد يؤدي إلى إساءة في استعمال السلطة ونتائج قد لا تؤدي بالمشرع إلى المستوى المطلوب الذي يرقي إليه.

ومن بين هذه القيود مثلا أن المشرع قيد المصلحة المتعاقدة في تحديد الأسلوب الذي على إثره ستتعاقد مع المتعامل المتعاقد وذلك لأن التعاقد في المجال الإداري تحكمه أساليب محددة لا يجوز الحياد عنها.[1]

هذا إضافة على إلزامها عدم الخروج عن تحقيق الغرض الحقيقي من هذه السلطة وهي تحقيق المصلحة فانحراف المصلحة المتعاقدة عن مسار المشروعية في استعمال هذه السلطات الاستثنائية يفتح باب الحق للمتعامل المتعاقد في المطالبة بإبطال تصرفاتها عن طريق الدعاوي

[1]– المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام

القضائية، مما قد يؤدي إلى إلزام الإدارة بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به، وهذا يعد في حد ذاته إهدارا للمال العام يعود علي الخزينة العمومية بالوجه السلبي.

فالمصلحة المتعاقدة يكون عليها أن تكون دقيقة في تصرفاتها مع هذا المتعامل المتعاقد الذي تربطها معه علاقة تعاقدية. لأن استعمال السلطات الاستثنائية في غير محلها قد يتحول إلى نقمة على هذه المصلحة المتعاقدة لا نعمة.

ثالثا – دعوى المطالبة بفسخ الصفقة العمومية

سبق وأن أدرجنا خلال هذه الدراسة أن الفسخ الصفقة العمومية يضم ثلاث حالات فقد يكون قضائيا أو إداريا أو بقوة القانون. وفيما يخص الفسخ القضائي فإننا نقصد به أن يحكم القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الرابطة التعاقدية في حالة الإخلال بالتزامات[1]

كعدم وجود اعتماد مالي أو عدم كفايته. فهنا بوسع المتعاقد أن يطلب فسخ العقد والتعويض المناسب إذا كان لذلك داع.[2]

فالإدارة قد تخطئ خلال ممارستها تنفيذ العقد فقد يكون خطاء إما إداريا أو ماليا ما يترتب عنه ضرر للمتعاقد معها وهذا ما أقره المجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2003/12/16 قضية حرازي عائشة ضد بلدية أو لا يعيش إلى جانب القرار الصادر عن مجلس الدولة أيضا الصادر بتاريخ 07/12 قضية ثنية الحد ضد (ز.د).[3]

---

[1]- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة ،2005، ص104.

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،المرجع السابق، ص36.

[3]- قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 020289 فهرس 870 المؤرخ في 2005/07/12 قضية تنبه الأخر ضد (ز.د) محكمة مجلس الدولة ع 07 -2005 ص86

وعليه يكون طلب المتعامل المتعاقد بفسخ الصفقة **العمومية** نتيجة للإخلال جسيم بتنفيذ أي من التزاماتها التعاقدية أو تجاوزها الحدود المسموح بها وهذا ما عبرت عليه المحكمة الإدارية بمراكش في قرار الذي جاء فيه ليس هناك ما يمنع صاحب المشروع من اللجوء للقضاء الإداري بشأن فسخ عقد الصفقة".[1]

رابعا– دعوى المطالبة بطلان عقد الصفقة العمومية

نتيجة لتعلق معظم القواعد المنظمة للعملية التعاقدية بالنظام العام اتسع مجال البطلان في العقود الإدارية عنها في العقود المدنية.

ويمكن تعريف هذه الدعوى بأنها دعوى تقام من قبل أحد الأطراف والمتعاقدة لاسيما هنا المتعامل المتعاقد من أجل القضاء بإبطال عقد الصفقة العمومية الذي يكون قد شابه عيب يتعلق بتكوين أو صحة أو مخالفة الشكل والتي يوجب القانون استيفاءه، تخضع دعوى بطلان العقد هنا لولاية القضاء الكامل طبعا إذا كان سندها هو تخلف أحد أركانه أوشروط صحته أما إذا كان أساس الدعوى هو مخالفة العقد للشكل الذي أوجبه القانون فإن الاختصاص ينعقد لقضاء الإلغاء لأننا نكون هنا أمام خطوات تمهيدية سابقة على التعاقد[2].

وعليه يمكن رفع دعوى البطلان عقد الصفقة العمومية في الحالات التالية:

[1] - Droit maroc-blagspot.com

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق، ص ص308-309

1-البطلان لعيب يتعلق برضا

إذ تبرم الصفقة على أساس إيجاب المتعامل الراغب في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة يتحقق هذا الإيجاب بتقديم عطاء عند عرض طلب العروض الذي يتم الإعلان عنه من قبل الإدارة في حالة مصادقة هذا الإيجاب قيودا إدارية به بأن ترسي الصفقة عليه ويصل إليه العلم بهذا الإرسال لينعقد العقد ما يرتب أنه لابد أن يكون صادر عن ذوي الأهلية وخالي من عيوب الإدارة المتمثلة في الغلط الجوهري الصادر عن أحد الطرفين وكذا لإكراه.

ولما كانت الصفقة تتم بطرق تنافسيه ودون تدخلات إدارية إلا في الإطار التنظيمي ولما كان المتعاقد هو من يضع الأسعار التي تمكنه من الحصول على ربح في إطار الموضوعي ودون تقرير من الإدارة[1] استبعد الغبن

5 - البطلان لعيب في ركن المحل

يجوز إبطال عقد الصفقة العمومية التي تكون محلها متعارضا مع النظام العام [2] لأنه سيكون عقد غير شرعي، ولقد عمد القضاء الإداري تطبيق المبادئ المدنية المتعلقة بالمحل والتي تتمثل في أن يكون موجودا ممكنا مقيما أو قابلا للتعين وقابلا للتعامل على العقود الإدارية.

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، نفس المرجع ، ص211

[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة- ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، 2008 ، ص 59 .

4-طلب بطلان الصفقة لتخلف ركن السبب

نقصد هنا أن يكون سبب الانعقاد الصفقة موجود ومشروع وإلا كان باطلا هذا لانعقاد من الأساس وما ينتج عنه زوال أثاره أيضا،هذا ما يعطي للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض الكافي المؤسس على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب ومثال ذلك أن تتفق الإدارة على التعاقد مع هذا المتعامل المتعاقد وبعد قيامه بأعمال تصدر الإدارة المتعاقدة قرار بإلغاء هذا التعاقد للانعدام جدوى هذه الصفقة بالرغم من أن الإدارة لم ترفض هذه الأعمال بل بالعكس استفادت منها وبالتالي السبب هنا أصبح غير موجود وبالتالي يصبح باطلا ما يؤثر على المتعامل المتعاقد الذي له حق طلب التعويض.

خاتمة

أمام صعوبة التوفيق بين الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد وسلطات الإدارة في مجال تنفيذ الصفقات العمومية وما يمثله هذا المجال بالتحديد من دور هام وفعال لعلاقته المباشرة بالمال العام وحقوق الخزينة العمومية، إلى جانب اعتباره الأداة الإستراتيجية لرفع التنمية؛ كان على المشرع تكثيف كل جهوده وتوظيفها في سبيل تحقيق ذاك التكامل والانسجام بل والتناغم بين وفي النصوص القانونية التي تحكم هذا النوع من العقود الإدارية التي وصفت بأنها ذات طبيعة خاصة.

وبحكم طبيعة علاقة التعاكس القائمة بينهما و التي تقوم علي أن كلما عرفت الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد انتعاشا من خلال الممارسة الفعلية لها تقلصت أو بمعني تعرف السلطات الاستثنائية نوع من التراجع والحدود؛ على أساس أن دائرة الحق في مجال الصفقات العمومية وتنفيذها يكون وفق ضوابط التي تتسع ألا بقدر ما تضيق فيه دائرة السلطة التقديرية للإدارة في تنفيذ عقودها مع من اختارته من متعاملين متعاقدين.

كما تتأرجح هذه الصعوبة من خلال تأرجح الحماية المقررة في التشريع المعمول به كحماية إدارية وكحماية قضائية في هذا المجال إلي جانب ارتباط بعض العوامل التي تحول دون تطور الممارسة الفعلية لهذه الضمانات في هذا المجال؛ فمن مظاهر الارتقاء بالإطار التشريعي ودور القضاء في مجال تجسيد الحماية القانونية اللازمة للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية الضمانات التي يضمنها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات

العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل و المتمم؛ باعتباره ضابطا مرجعيا لتجسيد الحماية القانونية اللازمة للمتعامل المتعاقد حيث إن هدفت هذه الضمانات إلا لوضع مجموعة من الآليات التي من شأنها تجسيد و تفعيل الحماية القانونية اللازمة التي تكون علي نطاق واسع بالموازاة مع ضبطها بما يكفل حقوق المتعامل المتعاقد والصالح العام في ذات الوقت.

وتبرز هذه الضمانات بشكل واضح من خلال تبني الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة تنفيذ خصوصا وأن منازعات هذا المجال قبل هذا المرسوم 247/15 كان ينظر إليها علي أنها عامة؛ بمعني منازعات الإبرام ومنازعات التنفيذ أي كانتا كيلتهما تندرج في إطار واحد هو الصفقات العمومية في المراحل السابقة للتشريع وإن لمحنا الإشارة إلي هذا الفصل الضمني لكن لم يعرف الفصل الصريح الفعلي إلا من خلال هذا المرسوم.

من ذلك كانت أهم الآليات التي رصدت لتحقيق الحماية القانونية بفاعلية ونجاعة والتي اقتصرت دراستنا عليها كان التظلم الإداري أو الطعن الإداري المسبق؛ والتحكيم باعتبارهما أهم الآليات التي تضمن التسوية الودية .

ففيما:يخص التظلم الإداري هذا الذي أعتلي من المكانة ما جعله يمثل أهم الآليات القانونية المجسدة للحماية لهذا المتعاقد نظرا للإطار العام الذي رسم له في القواعد العامة إلي جانب الوزن الذي اكتسبه في مجال الصفقات العمومية؛ باعتباره الأداة ذات الفاعلية والتي تجسد الحماية القانونية إداريا، خاصة إذ عرف هذا الأخير أيضا تطورا تطلبته وفرضته مقتضيات العصرنة إذ كان يتأرجح بين الإلزامية تارة وبين الاختيارية تارة أخري .المهم بين هذا وذاك

أصبح بمقدور المتعامل المتعاقد تقديم التماس؛ أو إعادة النظر أمام اللجان القطاعية أو الجهوية للصفقات المختصة دون تحديد ميعاد رفعه فهو إذن يخضع للميعاد المقرر لطعن المنصوص عليه بالقواعد العامة؛ بالتالي التظلم المقرر في الصفقات العمومية ليس بالمستقل عن الطعن المقرر بالقواعد العامة ؛فهو يحتاج إلي متطلباته عند رفعه كما أنه يعهد للجان الصفقات المختصة وفقا للمعاير عضوية ؛مالية جغرافية لنظر الطعن الإداري كما تتميز اللجان بتركيبة بشرية متميزة من حيث رئاستها ووجود أعضاء منتخبة والأخرى معينة إضافة إلي تبعيتهم إلي وزارات مختلفة كالمالية والتجارية... ، هذا ما يمكنها من تقديم رأيها في الطعن المرفوع أمامها؛ كما أن اللجوء إلى التظلم الإداري وبالتحديد في هذا المجال أصبح يتقمص صورة المصالحة التي تجمع المتعاقد مع الإدارة ما مكنه يحقق جملة من المكتسبات الايجابية أهمها التقليل من حجم القضايا ؛ربح الوقت؛ التوفير في الجهد والمال ليس هذا فحسب ،بل وسع مجال التظلم الإداري أوسع من مجال الدعوي الإدارية ؛لأن صلاحيات اللجان الصفقات المختصة أوسع من صلاحيات القاضي الإداري في هذا مجال؛ من ذلك أعتبر التظلم الإداري من قواعد العدالة الناعمة ما يجعله في المنزلة التي تستحق التشجيع والثناء لأنه أصبح في متناول الأفراد خصوصا وأن المشرع قد قرر على إدراجه في دفتر الشروط لإجراء التسوية الودية لنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة ما يعني فرض إلزاميته في مجال الصفقات العمومية وما زاد من فاعلية هذه الآلية هو تبني الحل الودي وتجسيده عن طريق إنشاء لجنة التسوية الودية المتعلقة بنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية بموجب المادة 154 من المرسوم الحالي ولكن لأسف يبقى هذا مجرد نظريات لم تدخل

حيز التطبيق بعد حيث لم نفهم لماذا المشرع لم يدخل هذه اللجنة حيز التطبيق لحد الآن مادام أنه قد أدرجها ضمن التشريع أو حتى مرسوم ينظمها.

أما فيما يخص التحكيم كطريق بديل لحل نزاعات الصفقات العمومية هو الأخر عرف تذبذبا وعدم الاستقرار باعتباره آلية يأخذ بها أم لا؛ بمعنى تأرجحه كان يتراوح بين حظر الأخذ به كآلية ذات فاعلية في حل نزاعات الصفقات العمومية وبين إجازته كطريق بديل لحل هذه النزاعات و تجسيد الحماية القانونية اللازمة؛ خاصة علي المستوي الإداري ؛إلا أنه خلص الأمر بعد إدراك من المشرع لأهمية هذا التدبير فقد قد أصبح اللجوء إليه مشروعا في مجال الصفقات العمومية حيث أجاز المشرع الجزائري بموجب المواد 975، 976 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه شرط الحصول على موافقة السلطة المختصة وإدراج شرط تسوية النزاع تحكيميا بالصفقة ، وهو ما أكده تنظيم الصفقات العمومية.وكذا المواد 04؛95؛153 من تنظيم الصفقات العمومية حيث أصبح اللجوء إلى التحكيم ضرورة تقتضيها المنفعة كانت عامة أو خاصة بشرط الحصول علي موافقة السلطة المختصة وبعد تفاوض مباشر بين طرفيها؛ فاللجوء إليه يضفي مرونة أكثر لتجاوز الخلافات المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة؛ نظرا للمزايا التي يمكن أن يحققها بدلا من الطريق القضائي؛ إذ أصبح اللجوء إليه يتلاءم والانفتاح الاقتصادي عل ى الصعيد العالمي والتكيف مع مد العولمة من خلال السعي في إعادة هيكلة اقتصاد الدولة الجزائرية .

وهو في ذات الوقت يمثل سياج حمائي للمتعامل المتعاقد لضمان حقوقه خارج الإطار القضائي ربحا للوقت وإن كان يوصف علي أنه قضاء من نوع خاص لأن الحكم التحكيمي يخلق من الآثار نفسها التي يخلقها الحكم القضائي كما تكون له الحجية منذ صدوره حتى ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه؛ إلا أنه بالرغم من تلك الأهمية والإيجابيات التي قد يحققها في ضمان الحماية القانونية اللازمة وبالتحديد لهذا المتعامل المتعاقد لم يلق هذا التدبير التعريف الذي يجعله واضحا أكثر في هذا المجال الحساس كالصفقات العمومية؛ سواء بتحديده شرطا كان أو مشارطه هذا فضلا على أن اللجوء إليه يبقى مرهون بموافقة ومبادرة السلطة المختصة؛ ليس هذا فحسب ، بل إن تذبذب الصياغة القانونية لاتفاقية التحكيم وعدم الدقة فيها قد تجعل باب الانحراف مفتوحا لديه ما قد يقضي على روحه التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة أي اتفاق الإطراف لذلك يجب أن يكون فعالا من خلال الثغرات التي قد تفتح باب المراوغة والمماطلة التي قد تضيع الحقوق خاصة لهذا المتعامل المتعاقد وترميه في زاوية عدم الأمان ؛إلا أنه لم يمنع المشرع من اعتباره تدبير إداري ذا فاعلية لضمان الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد الأجنبي ؛ عندما صرح به في المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية المستحدث 15-247 الفقرة الأخيرة.

لكن ما يعاب على موقف المشرع الجزائري هو التنظيم المحتشم للتحكيم في مجال الصفقات العمومية، إذ لم ينظمه بصفة شاملة ضمن القانون الخاص بتنظيم الصفقات العمومية والاكتفاء بالإحالة للنصوص العامة الخاصة بالنزاعات الخاصة متجاهلا الطبيعة القانونية

الخاصة للعلاقة التي تجمع المتعامل مع الإدارة هذا ما أثارة العديد من الإشكالات نذكر منها الإشكال حول من يملك سلطة جبر الإدارة على تنفيذ الشرط التحكيمي في حالة امتناعها عن تطبيقه والالتزام به؟

كما يتجلى أيضا تطور الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد في ميدان الصفقات العمومية في مسعى العمل القضائي الرامي إلي تضيق السلطة التقديرية في اتخاذ بعض القرارات الماسة بمصلحة المتعامل المتعاقد من خلال السلطات المتعددة الممنوحة للقاضي الإداري التي من شأنها تجسيد الحماية القانونية اللازمة لهذا الأخير؛إذ تنوعت رقابة القاضي الإداري وامتازت بالتعدد في مجال الصفقات العمومية من حيث المحل أو الطبيعة؛ ففيما يخص دراستنا القاضي وهو يفصل في منازعة تتعلق بتنفيذ الصفقة العمومية يتخذ عدة صفات فهو قاضي العقد وعندما تتوفر شروط الاستعجال هو قاضي الاستعجال كما قد تختلف سلطته تجاه تصرفات المصلحة المتعاقدة؛ إذ لا يملك نفس هذه السلطات تجاه القرارات الإدارية التي تصدرها سواء إبراما للعقد أو تنفيذا له أما فيما يخص سلطته علي تنفيذ العقد فقد اقتصرت علي منح التعويض عن الأضرار التي تلحق المتعاقد لذي فإنه بالرغم التطورات التي عرفها القضاء الإداري خاصة في مجال الصفقات العمومية ومنازعاته والأشواط التي قطعها فإن سلطته في هذه الناحية تبقي تحتل المرتبة الثانية بعد الإدارة إذ لا يحق له إلغاء القرارات التي تصدرها هنا المصلحة المتعاقدة وهذا حتى لا تهتز القوة القانونية للقرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة كونها تمثل الإدارة إلي جانب عدم قدرته علي تقرير مصلحة الإدارة فهي وحدها المؤهلة لذلك فمهمته

تكمن في تعويض المتضرر وتقديره حسب الضرر الذي يلحقه وهذا ما يمكن اعتباره مأخذ من مأخذ الحماية القانونية المقررة للمتعاقد فضلا عن غموض التشريع؛ليس هذ ا فحسب بل فكرة الاستعجال قبل التعاقدي التي كانت مقررة في هذا المجال بالتحديد في المادة 946من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالشأن الإخلال بعنصري المنافسة والإشهار في مجال الصفقات العمومية فإن الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية تفرض بل تلزم أيضا الاستعجال بعد التعاقدي خصوصا أمام السلطات الاستثنائية للإدارة لأن القائمين علي هذه المصلحة المتعاقدة هم في الأخير بشر؛ باعتبار أن الخطأ والانحراف في استعمال أو التعسف بها يفرض هذا النوع من الاستعجال هذا فضلا عن الظروف الاقتصادية والسياسية التي أجبرت العالم ككل التكيف معها من خلال ابتكار أنظمة قانونية فاعلة وفعالة تتصدي لشراسة المنافسة والجزائر هي إحدى هاته الدول إذ مضت إلي تكوين نسيج اقتصادي وطني متكامل يقوم علي المحاولة لتحقيق الأمن القانوني لهذا المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية.

ولتفعيل الحماية القانونية للمتعامل المتعاقد نقدم الاقتراحات التالية :

- لضمان فعالية عمل اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري نقترح توضيح حجية ما يصدر عنها وذلك بالنص صراحة على إلزامية الأخذ به.
- على المشرع أن يضع نصا يحدد فيه الجزاء القانوني المترتب على أعضاء اللجان في حالة تجاهلهم للطعون المطروحة أمامهم حماية للمتعامل المتعاقد .

- وفي سياق الحديث عن فعالية عمل اللجان نقترح أن يضع المشرع في اعتباره الحالة التي يمكن للمتعامل المتعاقد أن يخطأ فيها ويوجه طعنه للجنة غير مختصة على أن تقوم هذه الأخيرة بتوجيهه بغية الوصول إلى حل ودي للنزاع المطروح .

- لما كان للتحكيم دورا فعالا في تسوية النزاعات بطريقة ودية ، نقترح أن تكون المبادرة باقتراحه من طرف المصلحة المتعاقدة .

- لضمان فعالية التحكيم كآلية ودية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية نلتمس من المصلحة المتعاقدة الالتزام بتطبيقه .

- نقترح أن يساير المشرع الجزائري المشرع الفرنسي ويأخذ بالاستعجال ما بعد التعاقد في مجال الصفقات العمومية بوضعه نصوص خاصة وصريحة يبيّن القواعد الإجرائية بدقة كالأجل الممنوح للقاضي ليصدر أمره الاستعجالي حماية للمتعامل المتعاقد .

ومن أهم الاقتراحات التي نراها ضرورة الأخذ بعين الاعتبار فكرة وجود مدونة خاصة بالصفقات العمومية على أن تتضمن الجانب التنظيمي والجانب التنازعي لها تفاديا الرجوع للقواعد العامة تارة وتارة أخرى لدفتر الشروط الإدارية العامة و بعض المراسيم التي تستدعي الرجوع إليها مع التركيز على إلزامية إجراء التفرقة ما بين الصفقات المحلية وصفقات المشاريع الضخمة للدولة كالطريق السيار ، بناء السدود ، المطارات لثقلها على أساس أن متعاقد الأولى غير متعاقد الثانية ، و هذا كله ينصب في إطار تعزيز الثقة لدى المتعاقد و إحساسه بالأمن القانوني الذي يجسد له الحماية القانونية اللازمة له خاصة في هذا المجال .

وبهذا نأمل على أنّنا نكون قد ألممنا ولو بجزء بسيط من الموضوع المتعلق بالحماية القانونية للمتعامل المتعاقد على أمل أن يتم أخذ الاقتراحات المطروحة بعين الاعتبار.

تمت بعون الله و توفيقه.

الملاحق

الملحق رقم 01 : القرار المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1437 الموافق 18 فبراير2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة

الملحق رقم 02: القرار المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1437 الموافق 26 يناير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الصناعة والمناجم

الملحق رقم 03: النموذج المتضمن إنشاء لجنة ولائية للتسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية لولاية معسكر

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

أ - الكتب

1 - مليكة صروخ ، الصفقات العمومية في المغرب، دار القلم للنشر ، 2009 .

2 - مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد مُحَّد السلماني ، العقود الإدارية ، وأحكام إبرامها ، المطبوعات الجامعية ، كلية الحقوق ، الاسكندرية ، 2008.

3 - ابراهيم رضوان الجعبير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2009.

4 - ابراهيم عبد العزيز شيحة، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2006.

5 - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري والدولي، منشأة المعارف الاسكندرية، 1985.

6 - أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية دار النهضة العربية القاهرة ، 2002 .

7 - أحمد محيو، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد ، د.م.ج ، الجزائر، 1992 .

8 - بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة تحليلية)، دار وائل للنشر، الأردن، ط01 ،2005.

9 - بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي ، باتنة 1993.

10 -جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ،المكتب العربي الحديث، الإسكندرية،2007.

11 -جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 2002 -2003.

12 -حسن هند مُحَّد التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية ، مصر 2004.

13 -حسين فريجة ، شرح المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الخلدونية ، ط01 ، 2011 .

14 -خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية . دار الخلدونية ، 2011 .

15 -خليل بوصنوبرة ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات نوميديا ، 2010 .

16 – زيدان علي الدين، السيد مُحَمَّد،الموسوعة الكاملة في شرح القضاء الإداري إجراءات رفع الدعوى الإدارية، المجلة 2 ، مكتب الإصدارات القانونية القاهرة 2005.

17 – سامي بن فرحات ،الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة ،المكتب الجامعي الحديث ، 2005.

18 – سامي بن فرحات ، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة ،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية مصر،2005.

19 – سليمان مُحَمَّد الطماوي ، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعوى الإلغاء، دار الفكر العربي،1976.

20 – سيوفي حسن السيد،دور القضاء في المنازعات الإدارية دراسة نصفية مقارنة للنظم القضائية مصر–فرنسا–الجزائر عالم الكتب ، القاهرة ، 1981.

21 – الشيخ عبد القادر، لجان المجلس البلدي ،الجامعة المستنصرية ، بغداد 1982.

22 – طاهري حسين ،شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دار الخلدونية ، الجزائر، 2005.

23 – عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ط02 ،، 2002.

24 – عبد الباسط مُحَمَّد عبد الواسع الصرابي، النظام القانوني للاتفاق والتحكيم (دراسة تطبيقية مقارنة المكتب الجامعي الحديث ط2، 2008.

25 -عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية ، دار النشر ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2003.

26 -عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي ، الجزائر ،ط 04 ،2013.

27 -عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، ط03، 2012.

28 -عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث ،2008.

29 -عبد القادر عدّو ، المنازعات الإدارية ، دار هومة ، 2012.

30 -عبد المجيد اسماعيل مُحَمَّد، عقود الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحامي الحقوقية، لبنان، 2003.

31 -عبد المنعم خليفة عبد العزيز، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية ،دار الكتب القانونية ، مصر، 2006.

32 -عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاءا وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

33 -عبد الوهاب بوضرسة ، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي ،دار هومة ، الجزائر ، ط 02 ، 2006.

34 -عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

35 -عبيد العزيز عب المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، نشأة المعارف للنشر الاسكندرية، مصر 2004

36 -علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.

37 -علوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.م.ج ط 03 ، 2005.

38 -عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، د.م.ج، ط02 ، 2007،

39 -عمار بوضياف ، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية، دار الريحانة، الجزائر،2000 .

40 -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر والتوزيع ، ط 04، 2011

41 -عمار عوابدي ،قضاء التفسير في القانون الإداري،دار هومة للطباعة والنشر الجزائر،2004.

42 -عمار عوابدي، دعوى تقرير الشرعية في القضاء الإداري ،دار هومة ، الجزائر ، ط02 ، 2009 .

43 –عمر زودة ، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء ، Encyclpedia.

44 –الغوثي بن ملحة ،القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري الديوان الوطني للأشغال التربوية ،الجزائر ، ط01 ، 2000.

45 –الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 02، 2000.

46 –فاطمة بن سنوسي ، دور التظلم الإداري في حل النزاعات الإدارية في القانون الجزائري ، دار مدني ، 2003 .

47 –فتحي والي، التنفيذ البحري الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة 1975

48 –فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الاسكندرية، ط01، 2007.

49 –فضيل لكستيل، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى،منشورات البغدادي الجزائر.

50 –فوزي مُحَّد سامي ،التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

51 –قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ، د.م.ج، الجزائر ،ط03 ،2008.

52 – كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي ، 2012

53 – لحسين بن شيخ أت ملويا : المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري ،دار هومة الجزائر ، 2000

54 – لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الإجراءات الإدارية ، دار هومة ، 2012 .

55 – ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،2009.

56 – ماهر مُحَمَّد حامد ، التحكيم في المنازعات الجمركية ، دار النهضة العربية ، 2007 .

57 – محسن شفيق ،التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية دار النهضة العربية ، 1997

58 – مُحَمَّد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية، طبعة جديدة دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

59 – مُحَمَّد أنور حمادة ، قواعد تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية ، دار الفكر للنشر ، الاسكندرية ،2003 ، ص

60 – مُحَمَّد جعفر الهاشمي ،الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في فرض جزاءات على المتعاقد معها (إدارية مقارنة) ، منشورات لكلية الجغرافية لبنان ط 01،2010.

61 – مُحَمَّد حسين منصور ،العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة ، د.ذ.س .

62 – مُحَمَّد على راتب ونصر الدين كامل، مُحَمَّد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة ، د.ذ.د ، د.ذ.س .

63 – مُحَمَّد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات البغدادي، 2008.

64 – مُحَمَّد محجوبي، القانون القضائي الخاص، الكتاب الأول ، المبادئ الأساسية ومختلف نزاع الاختصاص القضائي، دار القلم بالرباط، ط02، 2007 .

65 – مُحَمَّدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود ٱلإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي المباديء والأسس العامة، بدون طبعة منشأة المعارف، مصر، 1998،

66 – محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في المنازعات العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ،1999.

67 – محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، مصر، طبعة 2003.

68 – محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره ،الكتاب العربي الحديث ،الاسكندرية، ص2009.

69 – مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الهيئات والإجراءات ،ج01 ، د.م.ج ، 2009 .

70 –مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،الهيئات والإجراءات ،ج03، د.م.ج ، 2009 .

71 – مصطفى أبو زيد فهمي ، قضاء الإلغاء دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2003.

72 –مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، 2010،

73 –منير عبد المجيد ،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1997.

74 –منير مُحَمَّد كمال الدين قضاء الأمور الإدارية المستعجلة طبقة نقابة المحامين 1988.

75 –مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط 01 ، 2005 .

76 –ناصر لباد، القانون الإداري، لباد للنشر والتوزيع الجزائر ، ط01 ، 1999.

77 –ناصر ناجي مُحَمَّد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة المكتب الجامعي الحديث ،2008 .

78 –نبيل اسماعيل عمر : أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، 1996.

79 –نصر الدين هنوني ، نعيمة تراعي ، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية ، دار هومة ، ط02 ، 2009 ، ص 52 .

80 –نصر الدين هنوني ، نعيمة تراعي ، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية ، دار هومة ، ط02 ، 2009.

ب– المقالات

1 – بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية مجلة 12 ، ع 01 ، دمشق 1996

2 – جنادي عبد الحميد ، مدى سلامة تطبيق القانون في مجال المنازعات الإدارية ، م ق ، ع خاص لملتقى قضاة الغرفة الإدارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992 .

3 – نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر تطورها وخصائصها ،مجلة مجلس الدولة ، ع 08 ، 2006.

4 – لحسين بن شيخ آث ملويا،دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعة، دار هومة ،الجزائر ، ط2، 2006.

5 – سليم سلامة حتاملة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاته في مجال العقود الإدارية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية المجلة الرابعة، ع 2–2012.

6 - سليماني سعيد ،دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة مجلة دراسات قانونية ،كلية الحقوق جامعة تلمسان، ع 04 ، 2007

7 - عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري تجديد، مجلة المحكمة العليا، ع05 ، الطرق البديلة لحل النزاعات ، ج 01، 2008.

8 - غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، ع 09، 2009 .

9 - مُحَّد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالمغرب، ع 5 ، 2011.

10 -مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة الإمارات، ع 32، أفريل 2009، الأردن.

11 –موساوي مليكة، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، ع 09 سبتمبر 2015 .

12 –فايز الكندري ، الصفة التبعية للخبرة القضائية و شرط المصلحة في الدعوى ، مجلة الحقوق ملحق ع 04 ، الكويت ،2001 .

ج– المداخلات :

1- ضريفي نادية ، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة .

2-خضري حمزة ، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة .

3 - طيبون حكيم، دور لجان الصفقات العمومية المختصة في التسوية الودية للنزاعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية ، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، يوم 20 ماي 2013 .

4 - فاضلي سيد علي ، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية ، مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 23 فبراير 2016 ، جامعة المسيلة .

د- رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

1-رسائل الدكتوراه

1 - أحمد سويقات ، الرقابة على أعمال الإدارة العمومية في الجزائر ، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، فرع قانون عام ، جامعة مُحَّد خيضر ، بسكرة ، 2014_2015 .

2 - بن شعبان علي ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية 2012-2011

3 - بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون جامعة ملود معمري،تيزيوزو، 13جويلية 2011.

4 - حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.

5 - خليل بوصنوبرة ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه والعلوم القانونية جامعة منتوري قسنطينة 2007-2008

6 - سعيد عبد الرزاق باخبيرة ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر يوسف بخدة ،2007-2008 .

7 - مُحَّد حسين إسماعيل ، الحماية الدولية للعلامة التجارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1976 .

8 - نادية تياب ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 .

2-مذكرات الماجستير

1 - بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية في الجزائر دعوى الإلغاء نموذجا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة، عنابة، 2007.

2 - إياس بن منصور الراجحي، مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي، بحث مقدم للاستكمال درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نابق العربية للعلوم الأمنية كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008.

3 - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، يوسف بخدة، 2008-2009.

4 - حاجي ابتسام، منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2012-2013.

5 - خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة الجزائر-2012-2013.

6 – زهير عبد الله على أل جابر لقرني، دور القضاء في التحكيم، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الاسمي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض ، 2008.

7 – مانع عيد الحفيظ: طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2007/ 2008 .

8 – سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013/2012.

9 – سناء بلقواس ،الطرق البديلة كل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجا) مذكرة ماجستير في العلوم القانونية ،كلية الحقوق باتنة-2011

10 –عبدلي سهام، دعوى القضاء الكامل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة جامعة أم البواقي 2008-2009.

11 –لوصيف نوال، فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق جامعة منتوري ، قسنطينة ،2006-2007.

12 –مُحَمَّد محمود أحمد حجاجري، ولاية القضاء على أحكام المحكين، مذكرة الماجستير في الحقوق، جامعة مؤتة ،الأردن، 2005.

13 –ناصر بن مُحَمَّد الراجحي، التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم المنية كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية الرياض.

14 –نبيل العاتي، استقلالية المشتري العمومي ،مذكرة ماجستير، جامعة المنار، تونس 2008/2009.

15 –صاش جازية ، قواعد الاختصاص القضائي بالدعوى الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الإدارة و المالية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، 1993-1994 .

16 –قتال منير، القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون عام (المنازعات الإدارية) جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 .

هـ: المحاضرات

1 - خراجي مصطفى ، محاضرات مقياس القرارات الإدارية ألقيت على طلبة الماجستير تخصص الإدارة العامة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2014 .

2- نادية تياب ، محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرخمن ميرة ، بجاية ، 2014 ،2015 .

هـ- النصوص التشريعية والتنظيمية(تبعا لترتيبها زمنيا)

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، ج.ر.ج.ج، ع ع 47 الصادرة في 08 يونيو 1966 م.

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج، ع 52 الصادرة في27 يونيو 1967.

- القانون 23/90 المؤرخ في 18أوت 1990 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08جوان 1966 ج.ر.ج.ج، ع 36 الصادرة في 22 أوت 1990 .

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج، ع 21 الصادرة في23 أبريل 2008 م.

- القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر.ج.ج، ع 51 الصادرة في 20 يوليو 2005.

- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، ع 37 الصادرة في 01 يونيو 1998

- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية المعدل والمتمم ، ج.ر.ج.ج، ع 37 الصادرة في 01 يونيو 1998.

- المرسوم الرئاسي رقم 82-145 المؤرخ في 10-04- 1982 ،ج ر.ج.ج ، ع 15 الصادرة في 13 أبريل 1982 م .

- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 ج ر.ج.ج ، ع 57 الصادرة في 13 نوفمبر 1991م

- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 27-07-2002 ، ج.ر.ج.ج ، ع 52 الصادرة في 28 يوليو 2002م .

- المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 11-09-2003 ،ج.ر.ج.ج ،ع 55 الصادرة في 17 رجب 1424هـ الموافق 14 سبتمبر 2003م ص 06 .

- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ،ج.ر.ج.ج ، ع 62 الصادرة في 09 نوفمبر 2008 .

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 الجريدة الرسمية عدد58 الصادرة في 07 أكتوبر 2010 .

- المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011 ، ج.ر.ج.ج ،ع16 مارس 2011 .

- المرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 يونيو 2011 ، ج.ر.ج.ج ، ع34 الصادرة في 19 جوان 2011 .

- المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 ، ج.ر.ج.ج ،ع 04 الصادرة في 26 جانفي 2012 .

- المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 ، ج.ر.ج.ج ، ع 02 الصادرة في 13 يناير 2013 م ، ص 05 .

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج.ر.ج.ج ، ع 50 الصادرة في 20سبتمبر 2015 .

- قرار وزير التجارة مؤرخ في 11نوفمبر 1974 ، ج.ر.ج.ج ، ع 25 الصادرة بتاريخ 21مارس 1975 .

- القرار المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1437 الموافق 18 فبراير2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة ، ج.ر.ج.ج . ع 20 الصادرة في 30 مارس 2016.

- القرار المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1437 الموافق 26 يناير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الصناعة و المناجم ، ج.ر.ج.ج ، ع 13 الصادرة في 2 مارس 2016 .

سادسا– القرارات القضائية

- قرار رقم 36907 الصادر بتاريخ 15-06-1985 ، م ق ، ع 03 ،1989 .
- قرار رقم 128944 بتاريخ 1998/06/08، مجلة مجلس الدولة ع 01 ،2002
- قرار رقم 10847 بتاريخ 2004/06/15 ، مجلة مجلس الدولة ،ع خاص ، 2004 .

سابعا : المواقع الإلكترونية

- مُحَمَّد محجوبي ، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن ، مداخلة منشورة بالموقع الإلكتروني

http://adala.justice.gov.ma/production/ tudes.ouvrage

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1) Les Ouvrages

- (j.e) Gander , traité deس droit administratif ,paris,1999.
- Berocial catherime ,lenicafréderic :contentieux des marchés public ,imprimerie nationale éd paris 2004
- Davide René , l'arbitrage dans le commerce international éd 1 économico paris 1982
- Holds worth, history of englishlaw,vol xiv,1964,p187
- J M AUBY Rdaider , traite de contentieux administratif Fam II paris éd 1984
- Jean Robert , l'arbitrage ,droit interne ,droit internationale privé 1993
- Ph-fourchard .E.Gaillardoldmame traité de l'arbitrage commercial internnational .

- pp gilles j.guglielmi ,cours de droit administratif et l'invention juge ,France,2004.
- Bergeal catherime, lenicepredericc :contentieux des marches publics, imprimerie nationale, éd paris 2004

2**) Les Articles** :

- Auby (J.M) l'arbitrage en matière administrative A.J.j.D 1995.
- Berlialorice, le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratifs RDP,1941.
- Bottini fabien ,les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif a mot sous ce ass 16guillet 2007, société tropic travaux signalisation, CR df, N°06,2007.
- kobtan Mohamed introduction a letude du droit des marches bublicies , revue du conseil d' état n3 ,2003
- Marie chaire rondeau-riner l'arbitrage la décision arbitrabe voies de recours _J_ cl prac-civ 1986-
- Menemenis Alain, référé –provision et marché de travaux juris classeur, droit adminis,n°8-9/2004.

3) **les thèses**

- Mokhtar bouabdalah ,l'expérience algérienne du contentieux administratif thèse pour le doctorat d'état en

droit ,faculté de droit université de fraire m’entouré constantine le 13/12/2005.

الفهرس

مقدمة .....3.....

الفصل الأول: التسوية الودية للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية .....10.....

المبحث الأول: الطعن الإداري آلية ودية لحماية المتعامل المتعاقد.....12

المطلب الأول : مفهوم الطعن الإداري وحكمه .....12.....

الفرع الأول : مفهوم الطعن الإداري .....12.....

أولا- المفهوم القضائي للطعن الإداري : .....12.....

ثانيا- المفهوم الفقهي للطعن الإداري.....14

الفرع الثاني : حكم الطعن الإداري .....15.....

أولا- حكم الطعن الإداري طبقا للقواعد العامة .....15.....

1- حكم الطعن الإداري في ظل القانون رقم 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية (الملغى) .....16.....

أ- مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 23/90 المتضمن تعديل القانون رقم 66-154 ...16.

ب- مرحلة ما بعد صدور قانون 23/90 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية رقم 154-66 .....19.....

2- حكم الطعن الإداري طبقا للقانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية 21.

ثانيا- حكم الطعن الإداري طبقا لتشريعات الصفقات العمومية .....23.

1- الطعن الإداري قبل صدور المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .....25.....

أ- الطعن الإداري في ظل الأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية .....25.

ب- في ظل المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي 27.

ج - في ظل المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .....28.

د- الطعن الإداري في ظل المرسوم 250/02المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .....30.

هـ- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 32.

و- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تعديل تنظيم الصفقات العمومية .....33.....

ز- الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تعديل تنظيم الصفقات العمومية .....33.....

2- الطعن الإداري بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .....34.....

المطلب الثاني : اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري .....35.....

الفرع الأول : تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري .....36..

أولا- اللجان قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .....36.....

1-اللجان القطاعية للصفقات العمومية .....37.....

2- اللجان الوطنية للصفقات العمومية .....39.....

ثانيا- تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام. .....42....

2-تشكيل اللجنة المحلية الولائية .....45.....

الفرع الثاني : الضوابط القانونية التي تحكم اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري والإجراءات المتبعة أمامها .....46.....

أولا- الضوابط القانونية التي تحكم اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري .....47.

1- الضوابط الخاصة بالعضوية ضمن اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري .....47.

2- الضوابط الموضوعية لعمل اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري .....47.

أ- بحث اللجنة العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع .....48.....

ب - الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين .....48.

ج- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة .....48.....

د- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة .....49.....

ثانيا- الإجراءات المتبعة أمام اللجان الناظرة في الطعن الإداري .....49..

المبحث الثاني: التحكيم آلية ودية بديلة لحل نزاعات الصفقات العمومية .....55.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية .....56..

الفرع الأول: تعريف التحكيم .....56.....

أولا- التعريف الاصطلاحي للتحكيم .....58.....

1-التعريف الفقهي للتحكيم .....58.....

أ-الفقه العربي .....58.....

ب-الفقه الغربي .....60.....

2-التعريف القضائي .....61.....

3- التعريف القانوني .....63.....

أ-تعريف القانون الغربي للتحكيم 63
ب-القانون العربي 63
ثانيا- الطبيعة القانونية لنظام التحكيم 73
1- التحكيم ذو طبيعة تعاقدية 73
2- التحكيم ذو طبيعة قضائية 76
3-الطبيعة المختلطة للتحكيم 79
الفرع الثاني : موقف النظام القانوني الجزائري من اللجوء إلى التحكيم 81
أولا- تطور نظام التحكيم في التشريع الجزائري 81
1-مرحلة ما قبل صدور قانون 09/08 81
2-مرحلة صدور القانون 08-09 84
ثانيا- مدى مشروعية التحكيم في تسوية نزاعات الصفقات العمومية 86
1- نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم 86
2- الأشخاص التي يجوز لها اللجوء للتحكيم في مجال الصفقات العمومية 87
أ- بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 (ق. إ. ج .م .إ. ج) 87
ب- بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 06 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية غير المؤسسات العمومية الإدارية 88
المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية 89
الفرع الأول: الإجراءات التحكمية أمام هيئة التحكيم 89
أولا- هيئة التحكيم 89

1- تشكيل الهيئة 90
2-الشروط الواجب توافرها في أعضاء الهيئة 93
أ-أن يكون المحكم شخصا طبيعيا 93
ب-توافر الأهلية القانونية 94
ج-استقلال وحياد المحكم 94
د-توافر المؤهلات العلمية والاختصاص 95
ثانيا- طرح النزاع وإحالة القضية على المداولة 97
1-طرح النزاع 97
2- إحالة القضية على المداولة 99
أ-غلق باب المرافعة 99
ب-إجراء المداولة 100
الفرع الثاني: الحكم أو القرار التحكيمي 101
أولا- تنفيذ الحكم التحكيمي 101
1- تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي 102
2-تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي 103
أ-الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر 104
ب- الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر 105
3-سلطات القاضي الآمر بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي 106
ثانيا- الطعن في أحكام التحكيم وفق القانون 107

1-الطعن باستئناف .....108.....

2- الطعن بالنقض .....110.....

الفصل الثاني: التسوية القضائية للمتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية .....112.

المبحث الأول : الحماية القضائية الإدارية المستعجلة للمتعامل المتعاقد .....114.

المطلب الأول: شروط قبول دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد .....115.

الفرع الأول: الشروط العامة .....115.....

أولا: الشروط المتعلقة برافع الدعوى .....115.....

1- الصفة .....115.....

أ- مفهوم الصفة .....116.....

ب- حالات الصفة .....117.....

ب-1- الصفة الأصلية .....117.....

ب-2- الصفة الإجرائية .....117.....

2- المصلحة .....118.....

أ-تعريف المصلحة .....118.....

ب-شروط المصلحة .....119.....

ب-1- أن تكون المصلحة قانونية .....119.....

ب-2- أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة .....119.....

ب-3- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة .....120.....

ثانيا : شروط تتعلق بالعريضة .....121.....

الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية ما بعد التعاقد .....121.

أولا – شرط الاستعجال .....121.....

1– التعريف القضائي .....121.....

2–التعريف الفقهي للاستعجال .....125.....

أ–حالة زوال الاستعجال أثناء نظر .....127.....

ب–حالة تحقق الاستعجال بعد رفع الدعوى .....128.....

ثانيا : عدم المساس بأصل الحق .....129.....

ثالثا : شرط رفع دعوى في الموضوع .....133.....

رابعا : شرط رفع دعوى في آجال معقولة .....134.....

المطلب الثاني : خصائص الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد ومضمونه .....135.....

الفرع الأول : خصائص الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد .135.

أولا : صدور الأمر الاستعجالي من تشكيلة جماعية .....135.....

ثانيا : صدور الأمر الاستعجالي في أقرب الآجال .....136.....

ثالثا : ذو طبيعة مؤقتة .....137.....

رابعا: يتضمن شكليات الحكم .....137.....

الفرع الثاني: مضمون الأمر الاستعجالي الصادر في دعوى الاستعجال ما بعد التعاقد .139.

أولا : الأمر الاستعجالي المتعلق بتدابير التحقيق .....139.....

1– إثبات حالة .....139.....

2- إجراء الخبرة .....140.....

3- الانتقال إلى الأماكن والمعاينات .....141.....

ثانيا: الأمر الاستعجالي المتعلق بالمصلحة المتعاقدة .....142.....

1- توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة .....142.....

ب-أن تكون دعوى الموضوع قد نشرت .....145.....

ج-شرط تقديم الضمان .....145.....

2- وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة .....146.....

3- توقيع الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة .....147.....

المبحث الثاني: الحماية القضائية الموضوعية للمتعامل المتعاقد .....152.

المطلب الأول: دعوى الإلغاء آلية قضائية ضامنة للمتعامل المتعاقد .....154.

الفرع الأول: أساس الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية .....155.

أولا- وجود قرار إداري منفصل .....156.....

1-معايير تحديد القرار الإداري القابل للإنفصال .....156.....

أ-المعيار الشخصي .....156.....

ب_ المعيار الموضوعي .....157.....

ب-1- فاعلية وجوهرية القرارات الإدارية المكونة للعملية ٱلإدارية المركبة .....158.

ب-2 -عنصر ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرافعها .....158.....

ب-3 -عنصر مدى عمومية أو فردية إدارية القرارات المركبة .....158..

2-مدى تطابق القرار المتصل مع معايير تحديد القرار المنفصل .....160.

أ-الاستثناء الأول .....162.....

ب-الاستثناء الثاني .....163.....

ب-1 -عدم قبول القرار المتصل الانفصال عن العقد الإداري(الصفقة العمومية) .....163.

ب-2- القرار المتصل كاستثناء محلا لدعوى تحاور السلطة .....164...

ثانيا- مجالات الطعن بالالغاء ضد القرار الإداري المنفصل .....165.....

1-الطعن بالإلغاء ضد القرارات الممهدة لإبرام الصفقة .....165.....

أ-قرار الإعلان عن الصفقة العمومية .....165.....

ب-قرار المنح المؤقت .....166.....

ج- قرار الاستبعاد .....167.....

2-الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإبرام الصفقة .....168.....

الفرع الثاني: أوجه الطعن بالإلغاء في القرار المتصل .....168.....

أولا- حالات عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري .....169.....

1-عيب عدم الاختصاص .....170.....

أ-مفهوم عيب عدم الاختصاص .....170.....

ب-صور عيب عدم الاختصاص .....170.....

ب-1 عيب عدم الاختصاص الموضوعي .....171.....

-اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها .....171.

-اعتداء سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة إدارية أدنى منها .....171.

-صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون .....172.....

ب-2 عيب عدم الاختصاص المكاني .....172.....
ب-3 عيب عدم الاختصاص الزمني .....172.....
2- عيب الشكل والإجراءات .....173.....
أ-مفهوم عيب الشكل والاجراءات في الصفقات العمومية .....173....
ب-نطاق عيب الشكل والإجراءات .....173.....
ثانيا- حالات عدم المشروعية الداخلية .....174.....
1-عيب مخالفة القانون .....174.....
أ-تعريف عيب مخالفة القانون .....174.....
ب-صور عيب مخالفة القانون .....175.....
ب-1 المخالفة المباشرة للقاعدة قانونية .....175.....
ب-2 الخطأ في تفسير القانون .....176.....
-خطأ عمدي في تفسير القانون .....176.....
-خطأ غير عمدي في تفسير القانون .....176.....
ب-3 الخطأ في تطبيق القانون .....176.....
2-عيب السبب .....177.....
أ-تعريف السبب .....177.....
ب-رقابة قاضي الإلغاء على عيب السبب .....177.....
ب-1 رقابة قاضي الإلغاء للوجود المادي للوقائع .....178.....
ب-2 رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع .....178.....

3-عيب الانحراف بالسلطة .....179.....

أ-تعريف عيب إساءة استعمال السلطة .....179.....

ب-صور عيب إساءة استعمال السلطة .....179.....

ب-1 استهداف تحقيق غاية من المصلحة العامة .....179.....

ب-2 مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف .....180.....

ب-3 إساءة استعمال الإجراءات .....180.....

المطلب الثاني: القضاء الكامل ضمانة قضائية للمتعامل المتعاقد. .....181.....

الفرع الأول: مفهوم دعوى القضاء الكامل .....181.....

1- تعريف دعوى القضاء الكامل وتحديد خصائصها .....182.....

أ- التعريف التشريعي .....182.....

ب- التعريف القضائي .....182.....

ج- التعريف الفقهي .....183.....

2- خصائص دعوى القضاء الكامل .....185.....

أ-دعاوي القضاء الكامل شخصية وذاتية .....185.....

ب-دعاوى القضاء الكامل قضائية .....187.....

ج- دعوى القضاء الكامل تنتمي لقضاء الحقوق .....187.....

ثانيا- نطاق تطبيق دعوى القضاء الكامل .....188.....

1- الاختصاص النوعي .....189.....

أ-المعيار العضوي كمؤشر لتحديد دعوى القضاء الكامل .....189.....

ب-استثناءات الواردة على المعيار العضوي .....192.....

4-الاختصاص الإقليمي .....192.....

أ- قواعد الاختصاص الإقليمي .....193.....

ب- طبيعة قواعد الاختصاص الإقليمي .....196.....

3 - تنازع الاختصاص .....198.....

أ-تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري و القضاء العادي .....198....

أ-1-حالات تنازع الاختصاص .....199.....

أ-2التعارض بين حكمين نهائيين .....200.....

ب- تنازع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري .....201.....

الفرع الثاني: تجليات الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة من خلال المنازعات الموضوعية

للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل .....203.....

أولا - دعوى الحصول على مبالغ مالية .....204.....

ثانيا- دعوى المطالبة بإبطال تصرفات الإدارة غير مشروعة .....208....

ثالثا - دعوى المطالبة بفسخ الصفقة العمومية .....209.....

رابعا- دعوى المطالبة بطلان عقد الصفقة العمومية .....210.....

1-البطلان لعيب يتعلق برضا .....211.....

5-البطلان لعيب في ركن المحل .....211.....

4-طلب بطلان الصفقة لتخلف ركن السبب .....212.....

خاتمة .....213.....

الملحق رقم 01 : القرار المؤرخ في 9 جمادى الأولى 1437 الموافق 18 فبراير2016

المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة .....223.

الملحق رقم 02: القرار المؤرخ في 16 ربيع الثاني 1437 الموافق 26 يناير 2016

المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الصناعة والمناجم .....225.

الملحق رقم 03: النموذج المتضمن إنشاء لجنة ولائية للتسوية الودية الناجمة عن تنفيذ

الصفقات العمومية لولاية معسكر .....227.....

قائمة المراجع .....229.....

الفهرس .....252.....