

جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع: قانون عام

تخصص : قانون عام داخلي

إشراف الأستاذ
- بن بخمة جمال

إعداد الطالبتين :

- بوجاجة سميحة

- عقيب هدى

لجنة المناقشة :

- 1 بوشليف نورالدين أستاذ مساعد « أ »رئيسا
- 2 بن بخمة جمال أستاذ مساعد « أ »مشرفا
- 3 مسمة منية أستاذ مساعد « أ » مناقشا

السنة الجامعية : 2015/2014

قائمة المختصرات :

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ق، إ، م، إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

LG.D.J : librairie générale de droit de la république française.

OP.CIT : référence précédemment cité.

مقدمة

يعتبر تنظيم الصفقات العمومية من أكثر المسائل ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي للبلاد، بدليل أنه عرف الكثير من التطورات على حسب التغييرات التي كانت تعرفها البلاد حيث صدر أول نص أساسي في هذا المجال سنة 1967 الذي يحمل رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾ وقد بدأ وضاحا هذا التشريع مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي مع بعض الخصوصيات نتيجة الهيكلة القانونية الاشتراكية على المستوى الاقتصادي، دخلت بعدها الصفقات العمومية مرحلة جديدة هي مرحلة قانون صفقات المتعامل العمومي بصدور المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982⁽²⁾ الذي تميز بتحديد تطبيق المرسوم على كل المؤسسات العمومية الإدارية والاقتصادية، كما أنه أطلق على الصفقات العمومية تسمية جديدة هي صفقات المتعامل العمومي في محاولة من المشرع لتلاقي النقض الوارد به و تماشيا مع التيار الاشتراكي ، كما وجد المشرع نفسه مضطرا الى مسايرة التطورات الاقتصادية الحاصلة و الاستجابة لها ، فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434 ، نتيجة التغييرات و المستجدات الطارئة التي فرضت ايجاد الحلول التي واجهت الاطراف المتعاقدة في ظل سريان النصوص السابقة .

صدرت بعده الكثير من النصوص التنظيمية في مجال الصفقات العمومية فنذكر منها المرسوم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991⁽³⁾ الذي ألغى بدوره بالمرسوم 250-02 المؤرخ في 24 جويلية 2002⁽⁴⁾ المعدل بالمرسوم 301-03 مؤرخ في 11 سبتمبر

1-أمر رقم 67-90 ، مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، ج ر عدد 52، مؤرخ في 17 جوان 1967. (ملغى)

2-مرسوم تنفيذي رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، ج ر عدد 15، مؤرخ في 13 أبريل 1991. (ملغى)

3-مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 57، مؤرخ في 13 نوفمبر 1991. (ملغى)

4-مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 52، مؤرخ في 27 جويلية 2002. (ملغى)

2002⁽¹⁾ وكذا المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008⁽²⁾، وفي سنة 2010 صدر المرسوم الرئاسي الجديد 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010⁽³⁾ والذي عدل من خلال المراسيم الرئاسية التالية:

المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 11 مارس 2011⁽⁴⁾ المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 ، و تلاه تعديل ثاني و هو المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011⁽⁵⁾ ، وتلاهها تعديل ثالث بموجب المرسوم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012⁽⁶⁾ وكذا المرسوم الرئاسي 13-03 مؤرخ في 13 جانفي 2013⁽⁷⁾.

وقد عرفت الصفقة في ظل أحكام هذا المرسوم أنها عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.

أدى ارتباط الصفقة بالمال العام إلى جعلها من أهم القنوات المستهلكة له ، لهذا أعطاه المشرع أهمية خاصة وخصصها عن بقية النفقات بقانون خاص ينظمها.

بما أن الصفقة تتصل بالخزينة العامة فإنها تخضع إلى طرق خاصة عند إبرامها وتنفيذها ولرقابة متنوعة ترشيدا للنفقات العامة والحد قدر المستطاع من كل سلوك أو

- 1- مرسوم رئاسي رقم 03-301، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 55، مؤرخ في 14 سبتمبر 2003. (ملغى)
- 2- مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 جانفي 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، مؤرخ في 9 نوفمبر 2008. (ملغى)
- 3- المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ، عدد 34 ، مؤرخ في 19 جوان 2011 .
- 4- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 13 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، معدل ومتمم، ج ر عدد 58، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010.
- 5- مرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 11 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، ج ر عدد 12، مؤرخ في 16 مارس 2011
- 6- مرسوم رئاسي 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 4، مؤرخ في 26 جانفي 2012.
- 7- مرسوم رئاسي 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 02، مؤرخ في 16 جانفي 2013

تصرف سلبي يهدد الأموال ونظرا لما تتمتع به الصفقات العمومية من أهمية ونظام قانوني متميز فإنها تولد منازعات بشأن إبرامها وتنفيذها، حيث تبدو هذه المنازعات في الواقع العملي أثناء تطبيق النصوص القانونية إذا قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقدة معها باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد وذلك فيما تصل بمدى مشروعية استخدام الشخص المعنوي "المصلحة المتعاقدة" لسلطاته اتجاه المتعاقد او المتعهد، ومدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما وهذا قد يؤدي لا محالة إلى رفض اعتراض الطرف المتضرر وبالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية بحيث سيسلك صاحب لاحق طريقا لأجل المطالبة بحقه .

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع تتنوع بين ذاتية وأخرى موضوعية بل أن هناك جوانب مختلفة تتحكم في عملية الاختيار وعليه فإن تناول موضوع منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري جاء لعدة أسباب. إن هناك مجموعة من المستجدات القانونية ظهرت في السنوات الأخيرة تتعلق خاصة بالآثار المترتبة على توقيع إتفاق الشراكة الموقع الاتحاد الأوروبي والمفاوضات بشأن الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة خاصة مع محاولة الدول الغربية فرض شروط تتعلق بمسألة استبعاد تطبيق القانوني الوطني على المنازعات المترتبة على العقود التي تبرمتها الدولة مع الدول المستثمرة لذلك وجب البحث في موضوع منازعات الصفقات العمومية في ظل هذه المستجدات.

أهمية الموضوع:

يستمد موضوع الدراسة أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية لذا حرص المشرع على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل، من التعديلات تحكم العمل التعاقدية بمختلف أشكاله وأنواعه ففقد الوسائل التي يتم بها هذا التعاقد وأعطى من

الامتيازات ما يخدم المصلحة العامة على كل لن تصل هذه النصوص الى جوهرها ولن تبلغ مبتغاها في وجود الفساد.

تكمن أهمية الموضوع "منازعات الصفقات العمومية" في ارتباط المباشر بالمال العام بهذا نزاع بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة على إبرام أو تنفيذ عقد ممول من ميزانية الدولة (المال العام) لذلك وجب البحث عن الاليات القانونية والقضائية التي تؤدي إلى حل النزاع بين الطرفين بالدرجة الأولى والمحافظة على المال العام بدرجة أخرى.

تظهر أهمية الموضوع باعتباره جديرا بالبحث والدراسة حيث لا يقتصر ذلك على النواحي الفقهية المتعلقة بطبيعة المنازعة وخصائصها وأسبابها، بل تتجاوزها إلى المجال العقلي ويتعلق الأمر بإجراءات المنازعة واللجان المختصة بنظرها وطرق الطعن والآجال واللجوء إلى التسوية الودية وكذا ابراز الطرق القانونية المتبعة لإنهاء النزاع المتعلق بالصفقة قضاء، والتغييرات والتعديلات التي شهدتها الأحكام القانونية الصادرة لمسايرة التطور الاقتصادي فيما يتعلق بالصفقات العمومية كإجراء لمنح المؤقت للصفقة والذي يعد من أهم الإصلاحات في هذا المجال لأنه إجراء أولي له تأثير على منازعات الصفقات العمومية.

أهداف دراسة الموضوع:

- مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية بصفة استثنائية وذلك بعد أن أصبح قانون الإجراءات المدنية والإدارية يسمح به بعد توقيع إتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي والمفاوضات بشأن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية
- الاهتمام بالجانب التشريعي من خلال دراسة هذا الموضوع.
- تقدير اللجوء إلى الطعن الإداري والتحكيم رغم وجود الجهاز القضائي في الدولة.

-معرفة الإجراءات التي يتبناها صاحب الحق وخصمه لأجل فض النزاع والآجال المقررة لتلك الطعون التي يمكن رفعها أمام القضاء المختص.

المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع المنهج التحليلي من خلال شرح وتحليل النصوص القانونية ومناقشة مضامين النصوص الحالية والنصوص السابقة. و كذلك المنهج المقارن فيما يتعلق بآليات تسوية منازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي.

الإعتماد على المنهج التاريخي باعتبار تنظيم الصفقات العمومية قد تم تعديله مرات عديدة فكان من المفروض الرجوع من حين إلى آخر إلى هذا المنهج لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية.

وذكر أهم التطورات التي شهدتها هذه المنازعات منها ما يتضمنه قانون الصفقات العمومية ومنها ما تتضمنه القواعد العامة.

كل هذه الأمور جعلتنا نتساءل عن جدوى الوسائل أو الطرق المقررة قانونا لتسوية منازعات الصفقات العمومية و اي من هذه الوسائل تعد الأنجع لأجل خلق توازن في العلاقة بين أطراف الصفقة وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذا البحث إلى فصلين: **الفصل الأول: التسوية الخارجة عن السلطة القضائية لمنازعات الصفقات العمومية.**

الفصل الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية.

الفصل الأول :

التسوية الخارجة عن السلطة القضائية

لقد بات اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد بشأن كل النزاعات التي تثار بين أشخاص القانون وبالتالي أصبح من الضروري تقديم إجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية توفير للجهد والوقت وتقليصا لحجمها في المستقبل خاصة وأن القضاء بطيء بطبيعته حتى في أرقى دول العالم، فأغلب دول تعاني من طول عمر النزاع بسبب ثقل الإجراءات وكثرة الطعون التي رسمتها القوانين وغالبا ما ينجر عنه تراكم القضايا الدعوى القضائية توفيراً للجهد و الوقت فقد نظم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 طرقا بديلة لحل النزاعات بذلك المادة الإدارية و ذلك بالنظر للصعوبات التي تواجه الهيئات القضائية في الإطلاع بمهمتها القضائية و كذا تنوع المنازعات الإدارية نفسها.

ولقد ركزنا في هذه الدراسة على الطعن الإداري (المبحث الأول) و التحكيم (المبحث الثاني)

بحيث يمكن اللجوء إليهما حاسما للنزاع تحقيقا لضمانات أحسن من تلك التي يحققها الالتجاء للقضاء للنظر في منازعات الصفقات العمومية و ذلك من خلال جوانبها الاقتصادية و الاجتماعية و ارتباطها بالأموال العامة من ناحية و كذا ترتيبها حقوق و التزامات من جهة أخرى على عاتق أطرافها و هذا سينجر عنه تعارض بين مصلحة الإدارة و مصلحة المتعاقد معها و كذا المتعهد بهذا لابد من وجود نظام لتسوية المنازعات بينهما حتى تنجز المشاريع في أوقاتها المحددة.

و لتحقيق أفضل الحلول فمن المستحسن أولاً أعمال الوسائل البديلة لحل منازعات الصفقات العمومية قبل ولوج الطريق القضائي خاصة و أن مسألة تسوية هذه المنازعات تخضع إلى الإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا الإجراءات المنصوص عليها في المادتين 114،115 من تنظيم الصفقات العمومية .

وقد ركزنا في دراستنا هذه على الطعن الإداري بحيث سنتطرق إلى النظام القانوني للطعن الإداري المسبق (كمطلب أول) ثم الإجراءات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بالنظر في الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية (مطلب ثاني).

المبحث الأول:

الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية

يعرف الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري ، بأنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة⁽¹⁾، و عليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية و وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد و السلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء ، و من خلال ذلك فإن الطعن الإداري هو من أهم الطرق الودية لتسوية النزاعات التي تنشأ بين أطراف الصفقة العمومية سواء في مرحلة إبرامها أو مرحلة تنفيذها، لذلك حظي بتنظيم لإحكامه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، كما خصه تنظيم الصفقات العمومية بإحكام خاصة جاعلا منه تسوية إدارية للنزاع و حلا داخليا له حتى لا يصل هذا الأخير إلى القضاء ، و لذلك فالأمر يستدعي تحديد الطعن الإداري المسبق في منازعات الصفقات العمومية (المطلب الأول) ثم تبيان اختصاص لجان الصفقات المختصة بنظر هذا الطعن (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق

يكتسي الطعن الإداري المسبق أهمية بالغة في قانون المنازعات الإدارية في التشريع الجزائري نظرا لقواعده الخاصة وكونه طريقة ودية لتسوية النزاع خاصة في حالة استجابة الإدارة للتظلم وبذلك سنتناول الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة (الفرع الأول) والطعن الإداري المسبق في قانون الصفقات العمومية بالتفصيل (الفرع الثاني).

1-حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، الطبعة 3 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987 ص 75 .

الفرع الأول:

الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في القواعد العامة

يتطلب علينا دراسة الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق وفقا لقانون الإجراءات المدنية (أولا) ثم دراسة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ثانيا).

أولا: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية :

ولتحديد الطابع القانوني للطعن الإداري في ظل هذا القانون لا بد من تناوله خلال مرحلتين وهما: مرحلة ما قبل 1990 ومرحلة ما بعد 1990.

1-مرحلة ما قبل 1990:

كانت القاعدة أنه لا يجوز في المواد الإدارية بصفة عامة أن يلجأ المتقاضي إلى الغرف الإدارية بل عليه قبل ذلك مراجعة الإدارة عن طريق طلب يقدمه إليها في شكل احتجاج أو شكوى يلتبس فيها منها التراجع عن التصرف القانوني الصادر عنها أو إصلاح الأضرار وتعويضه عنها إذا كان التصرف ذا طابع مادي، وهذا ما يعرف باسم التظلم أو كما هو شائع في الفقه الفرنسي باسم الطعن الإداري المسبق.

وعلى الإدارة أن تحدد موقفها من التظلم إما صراحة أو ضمنا، ويكون الموقف الصريح عن طريق إصدارهم ، قرارا صريحا برفض التظلم ، أما الموقف الضمني فيكون عن طريق السكوت وعدم الجواب عن التظلم لمدة تزيد عن 3 أشهر⁽¹⁾.

ولقد نصت المادة 169 مكرر من القانون الإجراءات المدنية القديم (الآمر 154/66) المؤرخ في 8 جوان 1966 على هذه القاعدة "لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أخذ الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري، و لا يقبل هذا الطعن إلا إذا سبقه طعن عن طريق التدرج الرئاسي برفع أمام السلطة التي تعلق من اصدار القرار مباشرة أو طعن ولائي يوجه إلى من صدر القرار.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه آنفا خلال الشهرين والتابعة لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره.

1-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر

إن سكوت السلطة المختصة عن الرد على شكوى أو على طعن ولائي أو رئاسي مقدم ضد القرار أزيد عن 3 أشهر يعبر بالرفض ويجوز رفع طعن قضائي في ميعاد شهرين من تاريخ انقضاء الميعاد المقرر للادارة .

إذا كانت السلطة الإدارية المختصة هي هيئة ذات نظام المداولات فإن ميعاد الثلاثة أشهر لا يبدأ في هذه الحالة إلا من تاريخ قفل أول دورة قانونية تتلو إيداع الطلب .
و لا يجوز لأحكام هذه المادة أن نخالف 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⁽¹⁾.

كما نصت المادة 275 من ذات القانون السابق أيضا ما يلي: "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدريجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلوا مباشرة الجهة التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه"⁽²⁾.

2- الطابع القانوني للطعن الإداري في مرحلة 1990:

لقد أحدث القانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل لقانون إجراءات المدنية تغيرات إجرائية تعلقت بالتظلم الإداري المسبق ، وذلك بتغيير محتوى المادة 169 مكرر وذلك بحذف التظلم وإضافة المادة 169-ثالثا- المتعلق بالصلح وحيث أصبحت المادة 169 كما يلي :لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في القرار الإداري.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه آنفا من خلال 4 أشهر التابعة للتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره"⁽³⁾.

1-المادة 169 مكرر من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 49 الصادر في 11 جوان 1966 (ملغى).

2-المادة 275 من المرجع نفسه، قانون الاجراءات المدنية (ملغى)

3-خلف الله كريمة منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع التنظيم الإقتصادي ، جامعة قسنطينة ، 2013/2012 ، ص ص 17/16 .

ثانياً: الطابع القانوني للطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن الطابع الإجباري للطعن الإدارة من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم ومختلف تعديلات وكذا جعله من النظام العام ما هو إلا امتياز ممنوح للإدارة ، ولأنه لا يشجع الطاعنين على توجيه طعونهم أمامها ولهذا اتخذ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موقفاً مخالفاً لما كان عليه الوضع، حيث ألغي بموجب المادة 830 منه أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم.

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

وفي حال سكوت الجهة الإدارية يستفيد المتظلم من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي الذي يسري من تاريخ انتهاء الشهرين المشار إليه في الفقرة أعلاه ، في حالة رد الجهة الإدارية خلال الآجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل شهرين من تاريخ الرفض ، يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة⁽¹⁾.

الفرع الثاني:**الطابع القانوني للطعن الإداري المقدر في تنظيم الصفقات العمومية**

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

1-المادة 830 من القانون رقم 09-08 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج ر عدد 21 ، مؤرخ في 23 أبريل 2001 .

أولاً: الطابع القانوني للطعن الإداري قبل صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

1- في ظل الأمر 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية

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

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

بعد الأمر 90/67 صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 الذي ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ، والذي جاء في المادة 104 منه ما يلي: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل"⁽²⁾.

3- في ظل المرسوم التنفيذي 91/434 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية:

لقد استمر النظم إلزامي في ظل المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 1991 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية حيث نصت المادة 100 منه على ما يلي: "يترتب على الطعن السلمي الذي يرفعه المتعامل المتعاقد قبل المفاوضات وخلال خمسة وستين (65) يوماً ابتداء من رفعه صدور مقرر من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب نوع النفقات الواجب الالتزام بها في الصفقة.

ويكون هذا المقرر نافداً يصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم 91-314 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

1 -المادة 152 من الأمر رقم 67-90، المرجع السابق.

2-المادة 104 من المرسوم التنفيذي رقم 82-145، المرجع السابق.

يحدد قرار وزاري مشترك عند الحاجة كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة⁽¹⁾.

ثانيا: الطابع القانوني للطعن الإداري بعد صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

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

بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية فإن الطعن الإداري أصبح جوازيا وأنه يتم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بخصوص الاعتراضات على منهج الصفقة-ولقد احدث المادة 101 من المرسوم زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر الإعلان المنح المؤقت.

تصدر لجنة الصفقات المختصة قرارها في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء 10 أيام المذكورة أعلاه.

يبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن⁽²⁾. تنظيم الصفقات العمومية استحدث إجراء جديد هو المنح المؤقت للصفقة، وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية⁽³⁾،

2- في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية:

صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في سنة 2010 ، والذي ألغى أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المادة 179 منه حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية و صنفها إلى منازعات إبرام ومنازعات تنفيذ.

نصت المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236 في فقرتها 4 الأولى فيما يخص منازعات إبرام الصفقة على ما يلي: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع

1- المادة 100 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المرجع السابق

2- المادة 101 من الرسوم الرئاسي رقم 250/02 ، المرجع السابق

3- بوضياف عمار ،الصفقات العمومية في الجزائر ،ط1، دار جسر ،تبسه ، الجزائر، 2007، ص218

المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا".

ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136-146 و 148 أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية وحدد التاريخ المحدد لرفع الطعن في يوم العمل الموالي.

-يقدم الطعن في حالات المسابقة الاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء.

-تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل الثلاثين يوما (10) ابتدائا من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجل المحدد لتقديم الطعن.

-ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة وتبليغه وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحدد تشكيلها في المواد 133، 135، 137 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري...

من خلال قراءتنا الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة وكذلك إجراء التراضي بعد الاستشارة إضافة إلى أجل رفع الطعن بـ 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة كذلك إذا صادق اليوم العاشر لأجل رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة مع يوم عطلة أو راحة قانونية فالأجل يحدد إلى يوم العمل الموالي.

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

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقة العمومية فقد أبقى المرسوم الرئاسي، 10-236 في مادته 115 على مقتضيات المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها كما يلي "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كما سمح هذا الحل بما يأتي:

-إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين؛

-التواصل إلى أسرع إيجار لموضوع الصفقة؛

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة .

-وفي حالة إتفاق الطرفين، يكون هذا الإتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة.

-ويصبح هذا المقرر نافدا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

يمكن المتعامل المتعاقدان برفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر موقرا في هذا الشأن خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن.

يسرى هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314 المؤرخ في 28 صفر عام 1412 الموافق لـ 7 سبتمبر 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

3- في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 المعدل لقانون:

المرسوم الرئاسي 12-23 صدر بتاريخ 18 جانفي 2012 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية-تعديلا جديدا للمرسوم الرئاسي 10-236 حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية.

فبخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية بقيت المادة 114 في فقراتها الأربع الأولى والمعدل بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 على جوازيه الطعن الإداري وذلك بخصوص الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة أو إجراء بالتراض بعد الاستشارة ضمن نفس الشروط والآجال المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾

غير أنه وبموجب المادة 13 ثم استحداث المادة 125 كرر والتي أشارت إلى نوع من القرارات التي تصدر عند إبرام الصفقة وهو قرار الحرمان من دخول الصفقة نصت بأنه يمكن الطعن فيه لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة بدراسة الصفقة حيث جاء نصها كما يلي:

".....يمكن للمصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات منع هذا المتعامل الاقتصادي من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة....."⁽²⁾.

أما بخصوص منازعات التنفيذ الصفقات العمومية نصت المادة 115 فقرة 4 و 5 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 12-23 على نفس المقترضات الواردة في المرسوم الرئاسي 10-236 بحيث أقيت على جوازته الطعن الإداري المسبق⁽³⁾.
نلاحظ أن المرسوم الرئاسي 12-23 أبقى على الطابع الاختياري للطعن الإداري المسبق كما أنه لم يجعله من النظام العام.

4- في ظل المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المعدل لقانون الصفقات العمومية

أورد المرسوم الرئاسي 13-03 تعديلا جديدا للمرسوم الرئاسي 10-236 حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية ، فبخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية فقد جاء في نص المادة 114 المعدلة: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعدل به يمكن المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا، ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر الإعلان المنح

1- المادة 01/114 من المرسوم الرئاسي 10/236، المرجع السابق .

2- المادة 125 مكرر 2 و3، المرجع نفسه.

3- المادة 115 /4 و5، المرجع نفسه.

المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136، 146، 147 و 148 مكرر أدناه، وإذا تزامنت اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

يقدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء تصدر لجنة الصفقات المختصة رأياً في أجل خمسة عشر (15) يوماً، ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن. في حالة الطعن لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجل المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة وتبليغه وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة بتشكيلها في المواد 133 و 135 و 137 و 149، 150، 151، 152 مكرر أدناه، بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

وبالنسبة للصفقات التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية المذكورة في المادة 2 أعلاه تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو القطاعية أو الوطنية وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة العمومية.

أما الطعون الخاصة بالصفقات المبرمة في إطار المشروع المفوض المذكور في المادة 2 أعلاه فهي من اختصاص لجنة الصفقات المختصة، يخضع إلغاء إجراء إبرام الصفقة، ومنحها المؤقت من قبل المصلحة المتعاقدة إلى الموافقة المسبقة من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني إلا في الحالات والناجمة عن قرار من لجنة الصفقات المختصة بنشر المصلحة المتعاقدة إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو عدم جدواها، ضمن نفس الأشكال التي تم على أساسها نشر المنح المؤقت للصفقة.⁽¹⁾

¹ - المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 13-03 ، المرجع السابق .

أما بخصوص منازعات الصفقات العمومية فإنه نصت المادة 115 في فقراتها 5 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 03-13 على نفس مقتضيات الواردة في المرسوم الرئاسي 10-236 بحيث أقيت على جوازية الطعن الإداري المسبق.⁽¹⁾ وبالتالي فالمرسوم الرئاسي 03-13 أبقى على الطابع الاختياري للطعن الإداري المسبق.

المطلب الثاني:

الإجراءات أمام لجان الصفقات العمومية المختصة بالنظر في الطعون الإدارية
 مما لا شك فيه انه باللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وتقديمه أمام اللجان المختصة الأمر يدعونا إلى القول بأن اللجان لا تتحرك من تلقاء نفسها بل لا بد من إخطارها عن طريق المتعهد المعني الذي قدم عطاءه واحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إبرام صفقة عمومية ، أو عن طريق المتعامل المتعاقد إذا ظهر أي مشكل في إطار تنفيذها إلى تسويته بطريقة الطعن أمام اللجان ، وبذلك سنتناول في هذا المطلب شروط رفع الطعن الإداري أمام لجنة الصفقات العمومية (الفرع الأول) ونتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

شروط رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية

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

أولاً: الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن

يجب أن يكون الطعن الإداري أو التظلم الإداري في الشكل المكتوب وأن يحتوي على عرض الوقائع وتحديد النصوص القانونية التي يستند عليها المتظلم في تحديد طلباته والإشارة إلى اللجوء القضاء في حالة عدم استجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ سواء

¹ - المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، المرجع السابق .

بتعويض الأضرار أو بالتراجع عن القرار محل التظلم⁽¹⁾.

ثانيا: شرط ميعاد الطعن

لرفع هذا الطعن حدد المشرع الجزائري ميعاد الطعن أمام اللجان المختصة بـ 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة، مع إمكانية تمديد هذا الآجل في حالة مصادفة اليوم العاشر مع يوم عطلة أو راحة قانونية وهنا يرفع الطعن في يوم العمل الموالي.

غير أنه في حالات المسابقة أو الاستشارة القانونية فإن الطعن يقدم عند نهاية الإجراء وتقدم كافة الطعون أمام لجان الصفقات المختصة وفق اختصاص كل لجنة وكذا الطبيعة الجغرافية للمؤسسة حتى ولو كانت الصفقة تابعة لاختصاص لجنة صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث في التنمية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾.

أما ميعاد رفع الطعن في منازعات التنفيذ الصفقات العمومية أمام اللجنة الوطنية المختصة فإنه يخضع هو الآخر للقواعد العامة أي 4 أشهر لأن النص لم يخصه بميعاد محدد في نص المادة 115 من منظم الصفقات العمومية بل اكتفى بالقول: ".....يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة....."⁽³⁾.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالجهة المختصة

يشترط في الطاعن أن يقدم طعنه إلى الجهة الإدارية المختصة أي السلطة الإدارية التي تتمتع بصلاحيات اتخاذ القرار المطلوب منها ، وبالتالي فإن الطعن أو التظلم الإداري المرفوع أمام جهة إدارية غير مختصة لا يؤخذ بعين الاعتبار⁽⁴⁾.

1 - عبدكي سهام، دعوى القضاء الكامل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، جامعة أم البواقي، 2008-2009، ص 90.

2-المادة 5/114 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

3-المادة 115، المرجع نفسه.

4-خلوقي رشيد، المرجع السابق، ص 25.

ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و 146 و 147 و 148أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر في يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يحدد التاريخ المحدد لرفع الطعن يوم العمل الموالي.

-يقدم الطعن في حالات المسابقة ولاستشارة الانتقائية عند نهاية لإجراء.

-تصدر لجنة الصفقات المختصة رأياً في أجل خمسة عشر (15) يوماً، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

-وفي حالة الطعن لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل الثلاثين يوماً (30) ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغه وتجمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلها في المواد 133، 135، 137 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.....⁽¹⁾.

ما يلاحظ على هذه المادة أنه تم الإبقاء على جوازية الطعن المسبق بخصوص الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة وأضيف كذلك إجراء التراضي بعد الاستشارة، كما أبقى على أجل رفع هذا الطعن بـ 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في إطار الصحافة.

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقة العمومية فقد أبقى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة 115 على مقتضيات المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-252 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾.

كما نصت المادة 114 الفقرة 6 منها من تنظيم الصفقات العمومية أن تحدد اللجنة

1-المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.

2-المادة 115، المرجع نفسه.

المختصة بدراسة الطعن في إعلان المنح المؤقت⁽³⁾.

رابعاً: الشروط المتعلقة بالشخص الطاعن: يشترط لصحة الطعن أو التظلم توافر شروط الدعوى من مصلحة وصفة بل يشترط أن يكون للطاعن أهليه التصرف المدنية. ويجب أن تتوفر في شخص الطاعن الشروط الواردة في المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية وهي الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة وأنه يمكن للطاعن أن يرفع تظلمه بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

نتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة

بمجرد تقديم الطعن امام لجنة الصفقات المختصة بمنازعات ابرام الصفقة العمومية فانها تجتمع حسب التشكيلة المقرر لها بموجب تنظيم الصفقات العمومية و بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري لتصدر رأيها في اجل 15 يوما يبدأ سريانها من تاريخ إنقضاء أجل العشرة أيام المقررة لرفع الطعن و من بين نتائج رفع الطعن الاداري المسبق أمام الصفقات العمومية المختصة ما يلي :

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

أوجب تنظيم الصفقات العمومية على اللجنة التي تنتظر في الطعن أن تبلغ نتيجته إلى الطاعن وللمصلحة المتعاقدة وفي هذا الإطار تنص المادة 114 فقرة 3 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "تصدر لجنة الصفقات رأياً...".

أما بخصوص رفع الطعن الإداري المسبق أمام اللجان الوطنية للصفقات العمومية المختصة في إطار تسوية منازعات التنفيذ وذلك حسب نص المادة 115 فقرة 05 من تنظيم الصفقات العمومية ، فإنه لم يحدد بهذا الخصوص إجراءات خاصة ومتميزة يستوجب على الطاعن إتباعها كما هو الحال في منازعات الإبرام ولهذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المقررة للطعن الإداري المسبق مع مراعاة متطلباته في حالة اللجوء إليه.

وهنا تجتمع اللجنة الوطنية للصفقات المختصة عند اتصالها بالطعن المرفوع أمامها، وتصدر فيد مقررًا حيث ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بالتقيد بالنتيجة

3-المادة 114 فقرة 6 ، المرجع نفسه.

1-خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص 107.

التي وصلت إليها اللجنة وفي هذا الصدد اكدت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية بقولها: ".....يسري المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية....."(1).

وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية عندما تنظم منازعات تنفيذ الصفقة بموجب المادة 115 السابق الإشارة إليها انه اوجب على اللجان الوطنية للصفقات المختصة أن تحسم النزاع المعروض عليها خلال مدة 30 يوم بدء من إيداع التظلم أو الطعن وهو ما يعني أن الوصية بضرورة عقد اجتماع لمعرفة مصير الطعن وعمّا إذا كانت ستصل حل يرضي المتعامل المتعاقد وأن يدخل النزاع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن استجاب المدعي لمضمون المادة 115 من التنظيم (2).

ثانيا: جدوى رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة

إن الحكمة من التظلم لغرض منه هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطرق أيسر على الناس وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى، خاصة وأن الرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية أمر لا يمكن الاستغناء عنه لأن تنظيم الصفقات العمومية منح لجان الصفقات المختصة صلاحية النظر في الطعون المقدمة من قبل المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات الإبرام، كما سمح برفع طعن قبل كل مقاضاة من طرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات التنفيذ كما بسط تنظيم الصفقات العمومية الإجراءات وجعلها غير متكلفة وقصر الآجال وهذا ما يعن مجانية الأفراد المتظلمون عرقية حصولهم على مصالحهم وحماية وحقوقهم وحرّياتهم بالاستجابة في أقصر وقت وبأقل الجهود والتكاليف وأبسط وأخف الإجراءات لطلباتهم. كما تمتلك السلطات الإدارية المختصة بالنظر الفصل في التظلمات الإدارية سلطات واسعة وشاملة في مواجهة أعمالها المطعون فيها كما أن مجال التظلم أوسع من مجال الدعوى الإدارية(3).

1-المادة 115 فقرة رقم 06 من المرسوم الرئاسي 10/236، المرجع السابق.

2-بوضياف عمار، المرجع سابق، ص 317.

3-عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، في النظام القضائي الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 366.

المبحث الثاني:**التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية**

يرفع الخصوم دعواهم غالبا أمام المحاكم باعتبارها الجهات القضائية المؤهلة للفصل في منازعات الأفراد، لكن يمكن للخصوم أن يلجؤوا إلى التحكيم كطريقة ودية لتسوية النزاع في حقوق لهم مطلق التصرف فيها وفي هذه الحالة عليهم أن يطرحوا النزاع القائم بينهم على محكمة لهم السمعة والنزاهة والمعرفة الفنية ويتميز التحكيم بإجراءات خاصة وطرق تنفيذ متميزة ويبتعد عن الشكلية التي تعتبر أساس الإجراءات المتبعة أمام القضاء، كما انه يوفر الوقت والسرعة في النزاعات المختلفة⁽¹⁾.

ولبيان ذلك وحتى نتمكن من تحديد طابع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فإن من الجدير التعرض لمفهوم نظام التحكيم (المطلب الأول) اجراءات التحكيم في منازعات الصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:**مفهوم التحكيم**

نتناول في هذا المطلب تعريفات عدة في الفقه القضاء والتشريع وبذلك نتطرق تعريف التحكيم (الفرع الأول) وأساس التحكيم (فرع ثاني) وصولا إلى مدى مشروعية التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول:**تعريف التحكيم**

يعد التحكيم نظام قانونيا عرفته معظم التشريعات القديمة والحديثة على حد سواء على أساس أنه أحد الوسائل فض المنازعات المدنية والتجارية والدولية، بل اتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بعيدة عنه كما هو الحال في المنازعات الإدارية. ولقد أعطى الفقه معاني اصطلاحية للتحكيم ، وذلك كمايلي .

1-أمناي فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 15.

أولاً: التعريف الفقهي للتحكيم

1-الفقه العربي: ذهب (الماوردي) في أدب القاضي إلى أن التحكيم هو أن يتخذ الضمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا عليه، ففي المعنى لابن قدامة: "أن تحاكم رجلاً إلى رجل حكماهما بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما"⁽¹⁾.

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

II-في الفقه الغربي:

تعددت محاولات تعريف التحكيم في الفقه الغربي حيث يعرفه الأستاذ (" jean Robèrt "

بأنه:

L'institution d'une justice privée a la quelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus pour la circonstance de la mission de les juger »⁽²⁾.

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

ويعرفه الأستاذ (" David Rène ") بأنه:

L'arbitrage est une technique visant a faire donner la solution d'un question, intéressant les rapports entre deux ou par plusieurs personnes une ou plusieurs autres personnes -l'arbitre ou les arbitres les quelles tiennemt leur pouvoir d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état »⁽³⁾.

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

1- السيد سابق، فقه السنة، مجلد 3، دار الكتاب العربي، الطبعة الشرعية 5، 1983، ص401

2- Robert (Jean) , l'arbitrage ، droit interne, droit tinternatinal privé, Dolloz, 1993, p 6.

3- Renè (david) ، larbitrage dans le commerce international edition 1, economica paris 1982, p 09.

ثانيا: التعريف القانوني

القانون الجزائري عرف شرط التحكيم بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" (1)

لقد حددت المادة 1006 هذه الحقوق المتاحة "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في سائر الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية" (2).

وبالتالي لا يجوز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ما عدا في حالتين:

-العلاقات الاقتصادية الدولية.

-الصفقات العمومية وهذا ما يهمننا ، فالنص لم يعرف التحكيم في الصفقة العمومية وهذا يبين أن التعريف الذي جاء في نص المادة 1007 ينطبق على التحكيم في كافة المنازعات مهما كانت طبيعتها.

كما عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتفاق التحكيم بموجب المادة 1011 منه بأنه: "هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجب عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم" (3)

اما تعريف التحكيم الدولي فنص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 1039 منه بأنه: "يعد التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل" (4).

1- المادة 1007، من القانون رقم 09/08، المرجع السابق

2- المادة 1006، المرجع نفسه.

3- المادة 1011 المرجع نفسه.

4- المادة 10390، المرجع نفسه.

الفرع الثاني:

أساس التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إن التحكيم في الصفقات العمومية وغيرها من العقود الأخرى يقوم على أساسين رئيسيين هما: إجازة المشرع وإرادة الخصوم.

أولاً: إجازة المشرع للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية

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

ولعل القانون الذي يجبر التحكيم هو وحده الذي يمثل الأساس القانوني للتحكيم وما إرادة الخصوم واتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم إلا شرط استلزمه القانون لجواز عرض النزاع المتفق على التحكيم فيه على المحكمين بدلا من محاكم الدولة.

ثانياً: إرادة الخصوم

إن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة يجب أن يكون نابعا من إرادة الأطراف أي أن يتفق الأطراف على اللجوء إليه للفصل في منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء الإداري المختص أصلا بالفصل في النزاع ، ذلك أن حق اللجوء إلى القضاء وهو حق دستوري مكفول لكافة الأشخاص ولا يجوز حرمان أي شخص منه وإجباره على اللجوء إلى التحكيم ما لم يوافق على ذلك وبكل حرية، لأن التحكيم في الأصل لا يقوم إلا عن رضا واختيار من طرف الخصوم تقديرا منهم انه أكثر تحقيقا لمصالحهم⁽¹⁾ التي تنص وتخص مصالح التجارة الدولية ويكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

1- ماجد راغب راحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 163.

وهذا ومن حيث تطبيق القانون المتعلق بالتحكيم الدولية فإن المادة 1040 مكرر 1 نصت على أنه تسرى إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية⁽¹⁾.

الفرع الثالث:

مدى جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

إذا كان التحكيم في العقود المدنية و التجارية قد أصبح من الأمور المشهورة فقها و قضاء و تشريعا، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مادة العقود الإدارية و الصفقات العمومية لان التحكيم في هذه العقود قد واجه بصريح العبارة تصلب القضاء الإداري و عدم تسامحه اتجاه نزع اختصاصه بالنظر في مثل هذه العقود.

ولهذا سنحاول دراسة هذه المسألة من خلال التعرض لمختلف الاختلافات الفقهية والقضائية وكذا التشريع:

موقف النظام القانوني الجزائري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية (أولا).

موقف النظام القانوني الفرنسي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

يمكن تقسيم موقف النظام القانوني الجزائري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية على أساس أشخاص الصفة العمومية والتي تصنف إلى أشخاص معنوية إدارية وأشخاص صناعية وتجارية واقتصادية، علمية، ثقافية.

لقد لجأت الجزائر إلى التحكيم بعد صدور الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و ذلك بتاريخ 8 جويلية 1966 حيث ورد نصوصا خاصة به في الكتاب الثامن في ثلاثة أبواب المادة 422 إلى 458.

حدد بعده الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جويلية 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري بين المؤسسات العمومية . وفي إطار التحولات التي طرأت على الاقتصاد الوطني ثم تعديل الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في

1-المادة 1040 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

25 أبريل 1993 الذي عدل وتمم الأمر 154/66 المؤرخ في 8 جويلية 1989 المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

فغداة الاستقلال اتخذت الجزائر موقفا سياسيا وإيديولوجيا معارضا للتحكيم-بصفة عامة- تبريرا بأولوية السيادة الوطنية جاعلة الأولوية للقانون والقضاء الوطنيين على حساب قضاء التحكيم ويتجلى ذلك في المبدأ العام الذي أرسته المادة 3/442 من قانون إجراءات المدنية الجزائري لعام 1966 الذي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم.

لكن هذا الموقف بدأ ينفرج تدريجيا بسبب التطورات والأحداث السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالداخل والمعطيات الدولية الجديدة بالخارج ولإبراز موقف المشرع إزاء التحكيم في الصفقات العمومية.

1-قاعدة منع لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم:

كانت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 (الملغاة) تنص صراحة في فقرتها التالية ما يلي "لا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين أن يطلبوا التحكيم"⁽²⁾. وقد أخذ المشرع بهذا المبدأ في أول قانون ينظم الصفقات العمومية والذي صدر بموجب الأمر رقم 67-90 حيث أشارت المادة 182 منه إلى طرق تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية إلى مبدأ التسوية الودية للنزاع هو الأصل قبل عرض الأمر على القضاء وأن دل على شيء يدل على تمسك المشرع بحقوقه المعارض إزاء التحكيم وضرورة إخضاع المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها وكذا المؤسسات العمومية التابعة للدولة⁽³⁾.

1- مرسوم تشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، المؤرخ في 27 أبريل 1993.

2- أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، مرجع السابق (ملغى).

3-بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 16.

لقد عرف قانون الصفقات العمومية تعديلات عديدة لاحقة، وحتى مع الرخاء الاقتصادي الذي شهدته الجزائر في فترة السبعينات بفضل عائدات البترول والذي صدر على إثره أمر رقم 90/74 لسنة 1974⁽¹⁾، والمتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية لعام 1967، أين أصبحت المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي بموجب هذا التعديل تخضع للقانون الإداري بعدما كانت تخضع للقانون الخاص بموجب الأمر 90/67 إلا أن المشرع ظل على موقفه المعارض للجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم وإعطاء الاختصاص للقانون والقضاء الجزائري.

وقد استمرت التعديلات لهذا القانون حتى صدور المرسوم رقم 145/82 الصادر سنة 1982⁽²⁾ المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي حيث بموجبه أصبحت كل المؤسسات العمومية خاضعة للقانون الإداري و هذا من أجل تدعيم الرقابة على هذه المؤسسات سواء تعلق الأمر بالشركات الأجنبية أو بالمتعامل الجزائري.

ولقد حددت المادة 5 من المرسوم معنى المتعامل العمومي بعباراتها "يقصد بالمتعامل

العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

- جميع الإدارات العمومية.
- جميع المؤسسات والهيئات.
- جميع المؤسسات الاشتراكية.
- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية، يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.
- تطبيق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي يكون رأسمالها عموميا.

- كما أضافت المادة 22 من هذا المرسوم المقصود بالمتعامل الأجنبي الذي وصفته بأنه المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات عن دولتها أو التي تضمن نفسها بنفسها.

والعقود التي تبرمها هذه الأشخاص والمحددة قانونا تدخل في إطار الصفقات العمومية ما يعني أن تسوية الخلافات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها طبقا للمادة 104 فقرة أو

1- أمر رقم 90/67 ، المرجع السابق .

2- مرسوم رقم 82-145 ، المرجع السابق.

في هذا المرسوم تكون وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية الساري العمل بها عند تاريخ حدوثها⁽¹⁾.

وحتى مع مجرد القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لسنة 1988⁽²⁾ المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية ، أدخل أحكاما جديدة على هذه المؤسسات كإخضاعها للقانون التجاري وإعطائها استقلالية المالية والإدارية ، وكذا حق التقاضي.

إذا من خلال ما سبق وبمقتضى النصوص القانونية السابق الإشارة إليها والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، نخلص إلى أن المشرع تبنى قاعدة عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص العامة على المستويين الداخلي والدولي.

2- جواز اللجوء إلى التحكيم:

وبالرغم من سلسلة التعديلات التي عرفها قانون الصفقات العمومية والتي أشرنا إليها سابقا إلا أنه بقي العمل ينص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 التي تمنع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر منه 1993⁽³⁾.

أ- جواز التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة في ظل المرسوم 09-93:

إن المرسوم التشريعي رقم 09-93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والذي جاء بأحكام تتعلق بالتحكيم يعتبر بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم في الجزائر، والذي ألغي المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية، حيث نصت المادة الأولى منه الفقرة 2 على ما يلي: "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا علاقاتهم التجارية الدولية"⁽⁴⁾.

إن الميزة الأساسية التي جاء بها هذا المرسوم التشريعي، هي فتحه المجال أمام الأشخاص المعنوية العامة لإمكانية اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق النزاع بعلاقة تجارية

1- المادة 104 ف/1 من المرسوم رقم 82-145، المرجع السابق.

2- قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/10/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية معدل ومتمم، الجريدة الرسمية، رقم 02 بتاريخ 13/01/1988.

3- المادة 01 من المرسوم التشريعي 93-09، مرجع سابق.

4- المادة 3/ 442 من القانون رقم 08/09 ، المرجع السابق .

دولية أي بمفهوم المخالفة أن التحكيم فيما يخص العلاقات التجارية وغيرها من العلاقات الدولية يبقى الحظر ساريا فيها على الأشخاص المعنوية العامة فيما يخص خضوع نزاعاتهم للتحكيم وعلى ذلك فإن النزاعات ذات الطابع الداخلي او المحلي أي الصفقات التي لا تكون أحد عناصرها عنصرا أجنبيا لا يجوز فيها التحكيم بل تعرض على القضاء الإداري طبقا لنص المادة السابقة من قانون الإجراءات المدنية مما يمكن أن يستنتج مما ذكره أن القانون الجزائري بموجب المرسوم 09/93 السابق ذكره أنه أجاز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية عندما يكون التحكيم دوليا ويكون كذلك عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيما أوله موطن خارج الجزائر على الأقل طبقا لما تنص عليه المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

ب- جواز التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد:

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

- بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والاقتصادي:

* المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

إن هذا النوع يطرح الإشكالية فيما مدى خضوعها لنظام الصفقات العمومية من عدمه، لأن الأمر يتعلق في حقيقة الأمر ببيان طبيعة العقود التي تبرمها هل عقود إدارة يحكمها القانون الإداري أو غير إدارية فتخضع لأحكام القانون الخاص وتقل بيان ذلك يتجلى لنا من خلال تحديد طبيعة الصفقة التي تبرمها هذه المؤسسات اعتمادا على معيارين المادي والعضوي.

بالنسبة للمعيار المادي فإنه وبغض النظر عن الأطراف طالما أن العقد يحتوى على بنود استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص والتي تتعلق بموضوعاته بإحدى العمليات التي تنص عليها المرسوم الرئاسي والتي تتمثل في القيام بالأشغال عامة أو اقتناء

1- المادة 458 مكرر المرجع نفسه.

لوازم، أو تقديم خدمات أو إنجاز دراسات...." فإنه يعتبر صفقة عمومية ويخضع لقانون الصفقات العمومية⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمعيار العضوي فإن المقصود بالعقد الإداري حسب هذا المعيار هو ذلك العقد الذي تبرمه الأشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام مع أشخاص قانونية أخرى، بغض النظر عن موضوع العقد ذاته، فقد يكون صفقة عمومية حسب التعريف الوارد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي أو أن عقد آخر تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفا فيه إذن العبرة بأطراف العقد وليس بموضوعه أو مبلغ الالتزامات التي يحتويها.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ ان المشرع كرس هذا المعيار كمعيار أساسي ووحيد⁽²⁾.

-بالنسبة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية:

هذه المراكز هي الأخرى وتطبيقا لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تخضع لقانون الصفقات العمومية شريطة أن تكلف بإنجاز عملية ممولة محليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

-بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ذات الصيغة الإدارية:

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

ثانيا: موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية

1-رفض التحكيم:

في القانون الفرنسي قد خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العقود الإدارية بصفة عامة وإن النصوص التشريعية قد وضعت قاعدة عامة مفادها أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم.

1-عوابدي عمار، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 544.

2-المادة 800 من قانون 08-09 المرجع السابق.

وتتمثل هذه النصوص في كل من المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1971 والمادة 2060 من القانون المدني فالمادة 1004 تنص على عدم جواز إبرام اتفاقيات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة وحضورها في الدعوى والمادة 83 تحدد القضايا التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة وهي المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العمومية⁽¹⁾.

كما نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 2 يوليو 1972: « on ne peut compromettre sur les question d'état et capacité des personnes sur les con testassions intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matière qui intéressent l'ordre public ». ويستفاد من هذا النص حظر اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص العامة فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية (المؤسسات العامة).

وتجدر الإشارة إلى أن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم حتى ولو كان نشاطها صناعيا أو تجاريا، سواء كان التحكيم شرط أو مشاركة وسواء كان النزاع ذو طبقية تجارية أو إدارية وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 13 ديسمبر 1957 قضت Société notion pédiments surfs⁽²⁾.

2-جواز التحكيم:

لقد وجه الفقه الفرنسي انتقادا كبيرا للقضاء الإداري الفرنسي لاعتماده على النصوص المدنية في مجال القانون العام، فضلا على أن القضاء العادي الفرنسي قد اعتمد على صرفية نص المادة 2060 فأبقى على الحظر الوارد كأساس والجواز كاستثناء حيث ذهبت محكمة استئناف باريس « Paris » في قرارها الصادر في 10 أبريل 1957 إلى القول أن خطر التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي وهذا هو ما ذات ما أكدته محكمة استئناف ايكس أون بروفونس « Aix en provence » في قرارها الصادر بتاريخ 5 ماي 1959.

1-Loi 71-80 du 29 decembre 1971 modifiant certaines dispositions du code des procédures loi N°66 du juin 1966 partant code des procédure civites francais jo N° 2.

2^e sauve (jeans Marie), « l'arbitrage et les personnes maralos de droit public » www.conseil-etat.fr

وهو ما أبدته كذلك محكمة النفض كذلك بخصوص شرعية التحكيم الموقع من قبل الأشخاص العامة في العقود الدولية وأن منع أشخاص القانون العام الفرنسي من إبرام لاتفاقيات تحكيم للفصل في منازعاتها عن طريق هيئات التحكيم.

المطلب الثاني:

التنظيم الإجرائي للتحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية

إذا سمح التشريع بنظام التحكيم فإنه من واجبه أن ينظمه تنظيمًا يمكن من ممارسة نصوصه التحكيمية والتي تهدف من خلالها أطراف التحكيم إلى الحصول على حق أو استعادته أو حمايته حيث تجرى الخصومة أمام هيئة التحكيم وفق إجراءات تحكيمية معينة وهو ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول) وذلك قصد صدور الحكم أو القرار التحكيمي المنهى للنزاع وتنفيذه مع العلم أن يمكن الطعن فيه وفق طرق محددة وهو ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية أمامها

يعتبر التحكيم تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة من قبل هيئة التحكيم (محكم أو محكمين) يتمتع بسلطة الحكم أي القضاء وليس تفويض من الدولة ولا من سلطة تشريعية بل تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف على التحكيم (أولا) هؤلاء الأطراف يتبعون جملة من الأعمال الإجرائية التي ترمي إلى صدور الحكم من طرف هذه الهيئة (ثانيا)

أولاً: هيئة التحكيم

من المنطوق أن تكون تشكيلة هيئة التحكيم عن أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوي يعين من بين أعضائه محكما أو محكمين وله هو أن تعيينه هؤلاء يتم وفقا لشروط حددها القانون حتى لا يتم ردهم أو استبعادهم:

-تنص المادة 1008 فقرة 2 من ق إجراءات المدنية والإدارية في إطار التحكيم الداخلي على أنه: " يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمة أو تحديد كيفية تعيينهم"⁽¹⁾.

وفي إطار التحكيم الدولي تنص المادة 1041 فقرة 1 من ذات القانون على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة وبالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم"⁽²⁾.

ويلاحظ من خلال هذه النصوص أن تشكيل هيئة التحكيم يخضع لحرية وإرادة الأطراف وأن هذه الهيئة تحدد في منازعات الصفقات العمومية بجهة القضاء الإداري إذا كان التحكيم سيجري في الجزائر خاصة ، وأنه لا وجود لهيئات ومراكز تحكيم بها باعتبار أنها منازعة إدارية ولو كان أحد أطرافها مؤسسة عمومية صناعية وتجارية أو مؤسسة عمومية اقتصادية.

كما تتشكل هيئة التحكيم في محكم واحد أو أكثر بعدد فردي وهذا ما قضت به المادة 1017 من ذات القانون "تتشكل محكمة التحكيم من حكم أو عدة محكمين بعدد فردي"⁽³⁾.

1-الشروط الواجب توفرها في المحكم أو المحكمين:

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة فائقة بينهم وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المقدمة⁽⁴⁾. ولئن كانت منازعات الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات يجب أن تتلاءم مع هذه الصفات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

1-المادة 1008 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

2- المادة 1041، من القانون رقم 09/08 ، المرجع السابق.

3-المادة 10/17 ، المرجع نفسه.

4- مناني فراح، المرجع السابق، ص 130.

وبناء على ما تقدم فيمكن أن يكون المحكم قانونيا ويمكن أن لا يكون كذلك فقد يستدعي الحال مثلا في عقد الأشغال أن يكون المحكم مهندسا أو خبيرا إذا تضمن النزاع نواحي هندسية.

إن الفصل في منازعات الصفقات الدولية يتطلب أن يكون المحكم على دراية كبيرة باللغات الأخرى حتى يتمكن من الإطلاع على مستندات النزاع إذا كانت بلغة مغايرة عن لغته الأم، كما يتعين أن يكون المحكم ملما بنواحي التجارة الدولية والاقتصادية أذا بناصية النظام القانوني الذي يرغب الأطراف تطبيقه على موضوع العقد⁽¹⁾.

كما يشترطه أيضا في المحكم ان لا يكون قابلا للرد حتى لا يتم إبعاده عن نظر النزاع والفصل فيه، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية قصر هذا الرد على الأسباب التي تظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم وقبل إصدار الحكم فإذا علم المحكم بأنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهنة إلا بعد موافقتهم⁽²⁾.

ولا يجوز طلب رده من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين ويتم رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- عندما يتبين من الظروف شبه مشروعة في استقلاليته لا سيما سبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أخذ الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- إذا ظهر سبب عن هذه الأسباب وجب تبليغ التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بذلك وفي حالة النزاع وكان نظام التحكيم لم يتضمن كفاءات تسويته أو لم يسع الأطراف تسوية إجراءات الرد بفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله الأمر⁽³⁾.
- و"يلزم المحكم أو المحكمين بإتمام مهمتهم التي شرعوا فيها حتى إنهاء أجلها ولا يجوز عزلهم خلال هذا الأجل حتى باتفاق الأطراف"⁽⁴⁾.

1- عبد المجيد إسماعيل محمد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الجليل، الحقوقية، لبنان، 2003.

2- المادة 1015 فقرة 2 من قانون رقم 09/08 ، المرجع السابق .

3- المادة 1016 ، المرجع نفسه.

4- المادة 1018، المرجع نفسه.

ثانياً: الإجراءات التحكيمية

الخصومة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية تسري وفقاً للأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية إلا في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

وقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية جملة من الإجراءات خاصة في مجال الصفقات العمومية.

1- طرح النزاع أمام هيئة التحكيم:

بعد توفر شروط التحكيم الشكلية وكذا الشروط الموضوعية المتمثلة في الرضى، الأهلية والمحل وكذا التشكيل الصحيح لهيئة التحكيم فإنه يصبح بإمكان الخصوم مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم، حيث تلزم هذه الخيرة بإخطارهم بمواعيد الجلسات التي تقرر عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف وذلك وفق القواعد والشكليات التي تحكم الجلسات أمام القضاء.

وبعرض النزاع على هيئة التحكيم فإنها ستمارس مهامها في نظر النزاع المطروح أمامها بحضور أطراف النزاع لكن التحكيم الداخلي لم يأت على ذكر قاعدة الوجاهية ولكنها تبقى جزء من النظام الداخلي في الأصول القضائية وبالتالي لا يمكن تجاهلها أما التحكيم الدولي فقد كرس الوجاهية وأعطاه مكانة وقديسية بدون موارد وجعل مخالفتها مبطله للحكم التحكيمي الدولي⁽¹⁾.

ويكون لهيئة التحكيم كذلك الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير شفوي أو مكتوب في النزاع حيث تقوم بإخطار طرفي النزاع بما حواه هذا التقرير مع إتاحة الفرصة لهما لإبداء ملاحظتهما لما ورد به⁽²⁾.

2- إحالة القضية على المداولة:

إن الهدف من إحالة القضية على المداولة هو حجز القضية للفصل فيها بحيث تخرج من بين أيدي أطرافها.

1- مناني فراح، المرجع السابق، ص 171.

2- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيمياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 351.

أ- غلق باب المرافعة:

متى تبيين للمحكمين أن إجراءات التحكيم استوفت جميع مراحلها وأن اطراف الخصومة استوفوا دفاعهم واطمأن المحكومون إلى أن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها حق لها أن تقرر إحالتها للحكم فيها سواء بتحديد تاريخ النطق بالقرار أو الحكم أم لا. إن إحالة القضية على المداولة يوجب انقطاع صلة الخصوم بالقضية وتكون هذه الفترة خاصة بالمحكمين للنظر في الطلبات بغية الوصول إلى حكم منهي للخصومة وذلك يؤدي إلى سرعة الفصل في القضية وإلزام الأطراف باحترام الآجال الممنوحة لهم لتقديم طلباتهم ودفعهم قبل الإحالة على المداولة، كما ذلك سيؤدي إلى غلق باب التلاعب والسلطة لبعض الأطراف التي لا حجج لها إلا ربح الوقت وتعطيل الفصل في الخصومة.

ب- إجراء المداولة:

بانتهاء المرافعة تبدأ عملية المداولة في نفس اليوم ونفس قاعدة المحكمة ثم ينطبق بالحكم التحكيمي وإما يحدد لها تاريخ ومكان إجراء المداولة بالتشاور مع أعضاء المحكمة إذا كانت القضية تحتاج إلى دراسة معمقة. وتعرف المداولة بأنها مناقشة القضية بواسطة هيئة المحكمة وحاصل هذه المناقشة هو اتخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف الدعوى⁽¹⁾.

في الواقع المداولة إجراء جوهري لصحة إجراء الحكم التحكيمي وهي إجراء واجب رغم غياب نص يصرح بوجودها.

فالقانون الجزائري سكت عنها ولم يبين كيفية إجرائها تاركا أمرها لمحكمة التحكيم، لكنه نص في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب أن تكون مداولات المحكمين سرية⁽²⁾، غير أن إنشاء السر في منازعات الصفقات العمومية تتم تسويتها تحكيما أمر خطير، لأن أطراف هذه الصفقة أشخاص مهمة باعتبارها أشخاص معنوية عامة أو حتى خاصة كما أن الصفقة لها اتصال وثيق بالمال العام لذلك لا يجدر

1-vincent (J) est chinchand (S) : procédures civi/s, edition, Doppoz, p 120.

2-المادة 1025 من قانون رقم 09/08 ، المرجع السابق.

بالمحكّمين إنشاء السرية وفي حالة قيامهم بذلك يفترض ترتيب بطلان حكم أو قرار التحكيم بل ومعاقبة المحكّمين على ذلك.

الفرع الثاني:

صدور الحكم وتنفيذ وطرق الطعن فيه

بعد إجراء المداولة من قبل هيئة التحكيم يصدر الحكم أو القرار التحكيمي (أولاً) ثم ينفذ هذا الأخير (ثانياً) ونظراً للمشاكل التي يمكن أن تتجم عن الفصل في الخصومة التحكيمية نظم القانون طرق الطعن فيه (ثالثاً).

أولاً: صدور الحكم أو القرار التحكيمي

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعرف الحكم أو القرار التحكيمي كغيره من التشريعات الحديثة إلا أنه يعني القرار الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة مشكلة قانوناً في خصومة معروضة عليها طبقاً لإجراءات متفق عليها طبقاً لإجراءات سواء كان في الموضوع يحله أو شق منه أو في مسألة أولية متفرعة عنه بشكل نهائي وملزم للأطراف.

يفصل هيئة التحكيم في المنازعة الدولية وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار يكون الفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي رتاها هيئة التحكيم ملائمة كمفروض في الصلح وهذا ما جاء في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يشترط صدور الحكم أو القرار التحكيمي في جلسة علنية بل اشترط أن يكون بأغلبية الأصوات، مكتوباً مشتملاً على أسماء وألقاب الخصوم وعناوينهم وتسميته الأشخاص المعنية ومقرها الاجتماعي وكذا أسماء وألقاب المحكّمين أو من ساعد الأطراف عند الاقتضاء كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضاً موجزاً لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ومنطوق الحكم وأن يكون مسبباً ومؤرخاً مع تحديد مكان صدوره-وكذا بيان تاريخ التعيين لإمكانية الرجوع إليها في احتساب المهلة القانونية للتحكيم.

1- المادة 1050 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

ويجب أن يكون حكم التحكيم كذلك موقعا من جميع المحكمين وذلك إذا امتنع الأقلية منهم على ذلك فإن البقية تشير إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من طرف جميع المحكمين⁽¹⁾.

ثانيا: تنفيذ حكم أو قرار التحكيم

لصحة حكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا فإنه لا بد أن يكون قطعيا مهيا للخصومة التحكيمية حائزا لحجة الشيء المقضى فيه بحيث لا يكون نقص حقيقته ، وفي هذا الصدد نصت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضى فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"⁽²⁾.

وعليه فإذا كان حكم التحكيم دوليا مقره هو الجزائر فإنه ينفذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها مع إثباته بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنها تسويقي شروط صحتها ويتم إيداع هذه الوثائق المذكورة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهمله التعجيل⁽³⁾.

وللتذكير أنه لا بد من مراعاة أحكام المادة 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: "تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن على أحكام الصادرة في المادة الإدارية"⁽⁴⁾.

لأن التحكيم في منازعات التنفيذ الصفقات العمومية يكون أمام قضاء خاص متمثل في هيئة تحكيم على مستوى الجهة القضائية الإدارية.

ويترتب من كل ما سبق أن يكون التحكيم بين الخصوم كافة الآثار التي يترتبها الحكم القضائي كما تلحقه الحجية منذ صدوره ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ، ولا يجوز المجادلة في حجيته حتى بغرض أنه لم يتم تنفيذه طالما الحجية قائمة إلا أن هذه الحجية تبقى نسبية حيث لا يحتج بأحكام التحكيم غيره⁽⁵⁾.

1- المواد من 1026 إلى 1029، من قانون رقم 08-09 المرجع السابق.

2- المادة 1031 من قانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

3- انظر المواد 1015 إلى 1053، المرجع نفسه.

4- المادة 977، المرجع نفسه.

5- انظر المادة 1038، المرجع نفسه.

ثالثا: طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي الدولي

1- مبدأ استبعاد كل طرق الطعن والاستثناء الوارد عليه:

استبعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل طرق الطعن في التحكيم الدولي وهذا يعني أنه لا يمكن الطعن في حكم تحكيم فاصل في منازعة تنفيذ صفقة عمومية دولية وذلك يعود لعدم التوافق، إن هذا الاستبعاد كان في الحقيقة ضمنا، ولعل هذا الاستبعاد لطرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي الدولي يرجع إلى عدة اعتبارات منها أن المحكم أن كان مفوض بالصلح فهو سيقضي بقواعد العدالة والإنصاف فكيف يتسنى للقاضون مراقبة ذلك الحكم.

فاستبعاد الاستئناف يعود لعدم توافق هذا الطريق مع طبيعة نظام التحكيم ولغرض منه خاصة وأنه يتميز بالسرعة والسرعة والتخصص فهذه المزايا ستندم إذا سلك النزاع طريقة أمام القضاء الوطني⁽¹⁾.

ولنفس الأسباب ثم استبعاد بقية طرق الطعن العادية الأخرى ولكن هذا الاستبعاد يكون بالنسبة للطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر عن هيئة تحكيم فاصلا في النزاع ولهذا سمح قانون الإجراءات المدنية والإدارية باللجوء إلى الاستئناف في الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ لأحكام التحكيم الدولي⁽²⁾.

وقد حددت المادة 1056 حالات رفع استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ

وهي:

1- "إذا قضت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم على اتفاقية تحكيم باطلة أو بإنقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم لتعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3- إذا فصلت محكمة بما يخالف المهنة المسندة إليها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

1-fouchord (PH) Gaillard (E) Goldman (B) : de l'arbitrage commercial par : juridiction des litiges intéressants l'administration.

2- trari tani (Moustafa) : Droit algérien de l'arbitrage 1 er édition berty, édition, Metidjaimpression, Alger, 2002, p 171.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي⁽¹⁾.

2-رفع دعوى أصلية بالبطلان ضد الحكم أو القرار التحكيمي:

تنص المادة 1058 من ق. إ. م إ على انه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن بالبطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفحص في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه⁽²⁾.

إن قانون إجراءات المدنية والإدارية شدد على أن تكون دعوى البطلان هي الطريق المناسب لإمكان بطلان حكم أو قرار التحكيم الدولي أو للأمر القاضي بتنفيذه حيث ترفع دعوى البطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه وذلك ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ⁽³⁾.

وبناء على ما تقدم بخصوص تسوية منازعات الصفقات العمومية عن طريق نظام التحكيم فإنه يمكننا القول أن:

اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات أصبح مفضلا بسبب تميزها بالطابع الفني بما يفرض النظر إليها من زاوية خاصة ويفضل الحسم فيها خارج دائرة القضاء ربحا للوقت خاصة وان أمد هذه النزاعات طويل سينجم عنه إلحاق بالغ الضرر بكل الأطراف المتعامل العمومي، المتعامل المتعاقد والخزينة العامة وحتى المنتفع من خدمات المرافق العامة بما يفرض البث في المنازعة في أقرب وقت ممكن⁽⁴⁾.

1-المادة 1056 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

2-المادة 1058 ، المرجع نفسه.

3- المادة 1059، المرجع نفسه.

4-بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 237.

الفصل الثاني :
التسوية القضائية لمنازعات
الصفقات العمومية

لقد استقر فقه القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية هو إخضاع تصرفات الإدارات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام دولة القانون وتتعزيز المبادئ التي يرتكز عليها، وهذا من بين الضمانات الممنوحة من أجل وقف هذه الإدارات عند حدها وإعادتها إلى الطريق الذي حدده القانون، لذا يحق للمتعاقد مع الإدارة أو المتعهد اللجوء إلى القضاء لعرض إدعاءاتهم عليه ضد المصلحة المتعاقدة، التي تعسفت أو تمادت في التعسف بعد وقوعه ويكون ذلك إما بعد فشل المساعي الودية المقررة قانوناً أو أن هذا المتعهد اختار اللجوء مباشرة إلى القضاء وذلك ما أفصح عنه تنظيم الصفقات العمومية في المادتين 115 و 114.

أما الجهة المختصة فتطبيقاً للمعيار العضوي و المادي فإن منازعات الصفقات العمومية تؤول لاختصاص القضاء الإداري ممثلاً في المحاكم الإدارية ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية لأنه طبقاً للمادة 09 من القانون العضوي 98-01، المعدل والمتمم المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله يتولى هذا الأخير النظر فقط في دعاوي الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية.... إلخ.

ذلك أنه إذا أسند الاختصاص للقاضي الإداري على أساس أن هذه المنازعة متعلقة بصفة عمومية وأن هذه الأخيرة هي عقد إداري بقوة القانون فإن ذلك سيجمع شتات هذه المنازعات في منازعة واحدة ينظرها قاضي واحد وهو القاضي الإداري، لأن هناك أسس معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية لتحديد طبيعة عقد الصفة العمومية والأکید هو أيضا تحوز مكانة وإمكانية في تحديد اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاتها المبحث الأول.

و كذلك اختصاص القضاء الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية إن هذا من أبرز المميزات التي تختص بها منازعات الصفقات العمومية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري والتي سنفردها بالدراسة في هذا المقام تتمثل في منازعات قضاء

الاستعجال في مجال الصفقات العمومية، الذي خصها المشرع الجزائري بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المبحث الثاني.

المبحث الأول:

اختصاص القاضي الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية

تعد المحاكم الإدارية بالمجالس القضائية صاحبة الاختصاص العام في النظر والفصل في المنازعات التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها في النظام القضائي الجزائري. إن المشرع الجزائري في تحديده للنزاع الإداري قد اعتمد على المعيار العضوي الذي يقوم على صفة أطراف النزاع، ويترتب على المعيار المعتمد من طرف المشرع الجزائري أنه متى كان أحد أطراف النزاع شخصاً من أشخاص القانون العام، يسند الاختصاص القضائي إلى القضاء الإداري، إن هذا النظام يهدف أساساً إلى تقريب القضاء من المتقاضين.

ومن المفيد الإشارة أن المادة 2 من المرسوم الرئاسي حين أقحمت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تمول كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة واعتبرت عقودها بمثابة صفقات عمومية.

والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ورد فيها نوع أو صنف واحد من المؤسسات هي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، دون سواها، عكس المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 التي ورد فيها عديد المؤسسات العمومية إلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية .

وهذا ما سنحاول شرحه بالتفصيل من خلال المطلب الأول: المعايير المعتمد في تحديد طبيعة النزاع الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية .

والمطلب الثاني: مجالات تدخل القاضي الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية

المطلب الاول :

المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة النزاع الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية بالرجوع الى نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 متضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بموجب آخر مرسوم رئاسي 13-03 التي نصت على أنه "يمكن للمتعاقل أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة". من خلال تحليل لنص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أحال الفصل في نزاعات الصفة العمومية الى القضاء و ذلك طبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية إذن هو صاحب الاختصاص الأصيل. و مسألة تحديد الاختصاص النوعي للقاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية تستدعي بنا البحث عن المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة النزاع و لا سيما بعد انتهاج الجزائر الازدواجية القضائية بموجب دستور 1996 و هذا ما سنحاول شرحه بالتفصيل من خلال الفرع الاول تحديد المعيار العضوي و الفوج الثاني المعيار المادي .

الفرع الأول:

تحديد المعيار العضوي

تنص المادة 2 في فقرتها الاولى والثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 المتضمن الصفقات العمومية على ما يلي:

"لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولايات.
- البلديات.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

-مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

ولا تخضع العقود المبرمة بين إداريتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم....."و ان كان المرسوم الرئاسي 03-13 المذكور قد ألغى المؤسسات العمومية الاقتصادية و اخضعها للقانون التجاري مع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المترشحين و الشفافية و العمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية .
وعليه يتحدد المعيار العضوي في الصفة العمومية على النحو التالي:

أولاً: السلطات المركزية في الصفة العمومية

يمكن حصر السلطات المركزية المخولة سلطة إبرام صفقة العمومية في: الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة.

1-الإدارات العمومية: لقد عرفت الإدارة العمومية في العديد من النصوص القانونية من بينها المرسوم 02-90 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب وذلك في نص المادة 14 منه كما يلي "تعد مؤسسات وإدارات العمومية في مفهوم هذا القانون المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري وكذلك الإدارات المركزية التابعة للدولة والولايات والبلديات"⁽¹⁾.

تأخذ الإدارات المركزية العمومية مفهوم الدولة بمعناها الضيق في الصفقات العمومية وهو يتمثل في الأجهزة والإدارات العمومية التالية:

1-المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 02-90 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6، مؤرخ في 7 فيفري 1990.

مصالح رئاسة الجمهورية، مصالح رئاسة الحكومة، الوزارات وما يرتبط بها من أجهزة وتنظيمها وتقريرات إدارية غير متمتعة بالشخصية المعنوية سواء كانت قائمة بالعاصمة أو موجودة عبر الولايات أو الجهات مثل المديريات، إذ أنها تمثل عدم تركيز إداري كإحدى صور النظام المركزي وليس تطبيقا لنظام اللامركزية بكل ما يترتب على التفرقة بين النظامين من نتائج⁽¹⁾.

أ-مصالح رئاسة الجمهورية: وهي مجموعة الأجهزة المساعدة لرئيس الجمهورية على مستوى الرئاسة من أجل تسهيل وظائفه المتعددة، ويختلف عدد هذه الأجهزة وطبيعتها بحسب توزيع المهام بين رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة من جهة وبعض الظروف خاصة السياسية من جهة ثانية.

ب-مصالح رئاسة الحكومة: ويقصد بها مجموعة الأجهزة المساعدة لرئيس الحكومة التي تذكر منها: مدير الديوان، الأمين العام للحكومة، رئيس الديوان المكلفون بالمهمة وأجهزة أخرى تابعة له مثل المندوب للإصلاح الاقتصادي الذي ينظم مركزه القانوني عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 90-05 المؤرخ في 01-01-1990 المتضمن إحداث الوظيفة المدنية للدولة تسمى "المندوب للإصلاح الاقتصادي لدى رئيس الحكومة" وكذا المدير العام للوظيفة العمومية الذي ينظم مركزه القانوني المرسوم التنفيذي رقم 03-190 المؤرخ في 28-04-2003 المحدد لصلاحيات المدير العام لوظيفة العمومية⁽²⁾.

ج-الوزارات: وتشمل هذه الأخيرة الهياكل التالية:

***الوزير:** وهو رجل سياسي يمارس سلطة سياسية، يعد مسؤولا عنها أمام الوزير الاول وهو أيضا رئيس إدارة الوزارة، وبهذه الصفة يمارس نشاطها إداريا واسعا، فهو الممثل القانوني للدولة الذي يبرم باسمها العقود، وهو ما أكدته نص المادة 8 من تنظيم الصفقات

1-بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005، ص 12، ص 13.

2-لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، الطبعة 1، دار النشر

الجزائر، 2006، ص 137.

العمومية إذ جاء فيه ما يلي "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه.....الوزير فيما يخص صفقات الدولة".⁽¹⁾

***الهيكل التابعة:** يتمثل تركيب الوزارات على الهياكل التالية:

الأمانة العامة، ديوان الوزير، المديرية العامة أو المركزية التي تتفرع بدورها إلى مديريات فرعية، ناهيك عن أجهزة أخرى تؤدي مهامها تحت سلطة الوزير مباشرة وهي أجهزة التفتيش والرقابة والتقييم والأجهزة الاستشارية والمصالح الخارجية للوزارة التي تمثل الوزارة على المستوى المحلي.⁽²⁾

2-الهيئات الوطنية المستقلة: وهي هيئات تمارس نشاطها على المستوى الوطني، ولقد سميت بالهيئات العمومية الوطنية في نص المادة 9 من قانون مجلس الدولة الجزائري وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الهيئات تعد فئة جديدة ضمن قانون الصفقات العمومية وقد خلت التنظيمات التي سبقت المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن قانون الصفقات العمومية من الإشارة إليه، فقبل 1976 لا يمكن الحديث عن وجود برلمان جزائري، ولكن بمجرد انتخاب المجلس الشعبي الوطني في سنة 1976 نجده قد أشار في نظامه المالي المصادق عليه من طرف مكتب المجلس بتاريخ 7 أفريل 1976 على الاسترشاد بنصوص الأمر 67-90 المتضمن الصفقات العمومية بدون الزاميتها ليتم تبنيه بصفة قطيعة في تعديل النظام المالي للمجلي سنة 1978.⁽³⁾

وتتقسم هذه الهيئات إلى قسمين هما:

أ-السلطات الإدارية الأخرى : كالبرلمان والجهات القضائية العليا والمجلس الدستوري حينما تقوم تلك السلطات بأعمال وانشطة ذات صبغة إدارية تتعلق بسيرها وإدارتها أي

¹ - المادة 8 من مرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 13-03 ، المرجع نفسه .

² - لباد ناصر ، المرجع السابق ص 138 .

3-BENNDJI Charif : l'Evolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, TI : thèse de doctorat d'Etat en droit, université d'Alger, 1991, p236, p238.

خارج مهمتها الرئيسية التشريعية أو القضائية أو الرقابة الدستورية، فنقوم بإبرام صفقات تتصل بتوريدات خاصة أو ترميمات خاصة ببنائياتها....إلخ.

ب-الهيئات الوطنية القائمة في إطار السلطة التنفيذية: ويتعلق الأمر هنا بأجهزة وتنظيمات ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية مما يجعلها مستقلة قانونيا عن أجهزة الدولة وهيكل السلطات الإدارية المركزية مثل المجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، والمجلس الإسلامي الأعلى أو التنظيمات الوطنية الأخرى ويشترط في تلك الهيئات لئنتمتع بحق التعاقد وإبرام الصفقات العمومية ما يلي:

-من حيث الاختصاص الإقليمي يجب أن يمتد نشاطها إلى كافة أرجاء الدولة.

-من حيث الطبيعة القانونية: يجب أن تكون متمتعة بالشخصية المعنوية مما يجعلها مستقلة قانونيا ولها أهلية التعاقد وفقا لنص المادة 50 من القانون المدني⁽¹⁾.

وهنا يمكن لهذه الهيئات أن تبرم صفقات عمومية عن طريق مسؤوليها طبقا لنص

المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

ثانيا: السلطات المحلية في الصفة العمومية

عملا بمقتضيات المادة 15 فقرة أولى من دستور 1996 والتي تنص على ما يلي:

"الجماعات الإقليمية هي الولاية والبلدية"⁽²⁾ يمكن حصر وحدات الإدارة المحلية التي حولها تنظيم الصفقات العمومية إمكانية إبرام صفقات عمومية في الولاية والبلدية.

1-الولاية: الولاية جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتشكل

مقاطعة إدارية للدولة، تنشأ الولاية بقوة القانون، وهناك جهازين للولاية هما:

أ-جهاز المداولة: ويتمثل هذا الجهاز في المجلس الشعبي الولائي وما يشمل من هيئات

مثل رئيسه المنتخب من بين أعضائه وما ينبثق عنها من لجان دائمة ومؤقتة.

1- بعلي محمد الصغير، المرجع سابق، ص 13 و ص 14.

2- المادة 15 من دستور 1996 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، ج ر ، عدد 76 ، الصادر في 8 ديسمبر 1996 ، المعدل و المتمم .

ب-جهاز التنفيذ: ويتمثل في الوالي وما يوضع تحت سلطته من هياكل وأجهزة مثل الموجودة بالولاية إضافة إلى الأجهزة الداخلية للولاية، الأمانة العامة، المفتشية العامة، الديوان وكذا دوائر الولاية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23-07-1994، الذي يضبط أجهزة الدولة في الولاية وهيكلها، والوالي هو المخول لسلطة إبرام الصفقات العمومية بمقتضيات المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما يتضمن جهاز التنفيذ بالولاية أيضا مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للولاية كما يتضمن المسيرة بموجب طريقة الاستغلال المباشر، خلافا للمرافق العامة الولائية المكتسبة للشخصية المعنوية المستقلة قانونيا عن الولاية في شكل مؤسسات عمومية ولائية، طبقا للمادة 146 من قانون الولاية ولقد أحالت المادة 135 من قانون الولاية على تشريع الصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به".

كما أوجد تنظيم الصفقات العمومية لجنتين على مستوى الولاية تتوليان مهمة الرقابة الداخلية السابقة على الصفقات المبرمة من طرف الولاية وهما: لجنة فتح الأظرف ولجنة تقويم العروض بالإضافة إلى لجنة تمارس رقابة خارجية على الصفقات وهي اللجنة الولائية للصفقات⁽¹⁾.

2-البلدية: تخضع البلدية للقانون رقم 11-10 المؤرخ في 22-06-2011 المتعلق بالبلدية، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة وتحديث بموجب القانون".⁽²⁾

1- المواد 121 و 125 و 135 و 136 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

2 - قانون رقم 11-10، المؤرخ في 22-06-2011، يتعلق بالبلدية، ج، عدد 37، الصادر في 3 جويلية

البلدية كعنصر من عناصر المعيار العضوي الذي يقوم عليه معيار العقد الإداري تتمثل على مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بها سواء كانت للمداولة أو للتنفيذ حيث حددت المادة 15 من ق 10-11 جهازين هما:

أ- **جهاز المداولة:** ويتمثل في المجلس الشعبي البلدي الذي يقوم بالتداول فيما يتعلق بالصفقات العمومية ثم التصويت عليها وترتبط به لجان دائمة وأخرى مؤقتة.

ب- **جهاز التنفيذ:** ويتمثل في رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقوم باسم البلدية وتحت مراقبة المجلس الشعبي البلدي بجميع الأعمال الخاصة للمحافظة على الأموال وحقوق البلدية خاصة ما يتعلق بإبرام الصفقات العمومية، كما يتمتع بسلطة اتخاذ القرارات سواء باعتباره ممثلاً للبلدية أو ممثلاً للدولة.

ج- إدارة ينشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ولقد أحال قانون البلدية إلى تنظيم الصفقات العمومية في نص المادة 189 منه بقوله: "يتم إبرام الصفقات الخاصة بالأشغال والخدمات أو التوريد للبلدية أو المؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقاً للتشريع والتنظيم الخاصين بالصفقات العمومية"⁽¹⁾.

كما أوجد تنظيم الصفقات العمومية لجنتين داخليتين على مستوى البلدية وهما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقويم العروض وكذا اللجنة البلدية للصفقات التي تمارس رقابتها على الصفقات العمومية"⁽²⁾.

ثالثاً: المؤسسات العمومية في الصفقة العمومية

تناولت المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية مجموعة من المؤسسات العمومية حولتها سلطة إبرام صفقة عمومية، وسنحاول في هذا المقام الكشف عن علاقة هذه

1-المادة 168 من المرجع نفسه.

2-المواد 137، 138 من المرسوم الرئاسي 10-236 يتضمن الصفقات العمومية، المرجع السابق.

المؤسسات بالمعيار العضوى المحدد لاختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية وفقا للترتيب الآتي:

1- المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري: هي مؤسسة تنشأها الدولة أو المجموعات المحلية بهدف إدارة مرافقها العمومية الإدارية وعلى سبيل ذلك تمنح هذه المؤسسات الشخصية المعنوية، تمارس نشاطا إداريا بحثا، ولقد أشارت المادة 800 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى اختصاص المحكمة الإدارية بجميع القضايا التي تكون طرفا فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري مثل الجامعات، المستشفيات، المدارس الوطنية.....(1).

لقد ظلت المؤسسة العمومية الإدارية لفترة طويلة ذات مفهوم موحد، إذ تسمى المؤسسات العمومية التقليدية ذلك لأن الدولة كانت تعهد في البداية للمؤسسات العمومية الإدارية فقط سلطة تسيير مرافقها العمومية.

لكن مع تطور دور الدولة تعددت المؤسسات وتنوعت حيث ظهرت مرافق عمومية يتضمن نظامها القانوني تطبيق قواعد القانون الخاص، مما أدى إلى صعوبة التفرقة بينهما تبعا للنظام القانوني الذي تخضع له كل مؤسسة فيها وفيما يتعلق بالنظام القانوني للمؤسسة العمومية الإدارية فيمكن تناوله فيما يلي:

أ- من حيث طبيعة النشاط: تمارس المؤسسة العمومية الإدارية نشاطا إداريا موضوعه تقديم خدمات ذات طابع إداري للمنتفعين بها.

ب- من حيث المستخدمين فيها: المستخدمون في المؤسسة العمومية الإدارية يتكونون من اعوان عموميين وموظفين يخضعون لقانون الوظيف العمومي.

1- لباد ناصر، مرجع سابق، ص 195 .

ج- من حيث الوسائل القانونية: تملك المؤسسة العمومية الإدارية امتيازات السلطة العليا وتتمتع تبعاً لذلك بسلطة إصدار القرارات الإدارية وإبرام العقود وتكليف عقودها على أنها عقود إدارية .

هـ- من حيث القواعد التي تحكمها: تخضع المؤسسات العمومية لأحكام القانون العام وتكليف منازعاتها على أنها منازعات ذات طبيعة إدارية وتخضع لرقابة القضاء الإداري⁽¹⁾، هو ما أكدته نص المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص⁽²⁾.

كما أضاف نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني التي يلاحظ تداخل النشاطات الممارسة من قبلها مما يصعب التفريق بينها إذن فحري بالمشرع أن يتفادى ذلك باعتماده على التصنيف المعتمد قانوناً.

ويرى الأستاذ (لباد ناصر) أن هذه المؤسسات قد تكون إدارية بالنظر إلى موضوع نشاطها وهو أمر منطقي جداً، فنشاط هذه المؤسسات يتعلق إما بالبحث العلمي والتنمية أو نشاط علمي أو تكنولوجي أو علمياً وثقافياً ومهنياً، وهذا لا يتفق مع طبيعة النشاط الصناعي والتجاري وهذا يجعلنا نميل إلى فكرة اعتبارها مؤسسات عمومية إدارية، رغم أن المشرع وضع قيوداً على سلطتها في إبرام الصفقة العمومية من طرف مسؤوليها طبقاً لنص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

1- لباد ناصر، المرجع سابق، ص 195 .

2- المادة 43 من القانون التوجيهي رقم 01/88، المرجع السابق.

2- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

يمكن تعريف هذه المؤسسة بأنها "المرافق التي يكون نشاطها تجاريا وصناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة وتتخذها الدولة والجماعات المحلية وسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي وتجاري"⁽¹⁾.

ظهرت المرافق العامة الصناعية والتجارية بعد تدخل الدولة في مجالات النشاط الاقتصادي والصناعي التي كانت متروكة قبل ذلك للأفراد أين كانت الدولة حارسة لا متدخلة وهو ما أدى إلى ظهور أزمة المرفق العام، بعد أن كان المرفق العام يأخذ طابعا إداريا فقط اتسع مجاله ليصل إلى القطاع الاقتصادي وهو ما أدى بالفقه إلى البحث عن معايير التفرقة بين المرافق الصناعية والتجارية والمرافق العمومية الإدارية إذا اعتمد البعض على المشروعات أو مظهرها، وأسند البعض إلى طرق إدارة هذه المرافق ورأي فريق ثالث الرجوع إلى الغرض الذي أنشأ المرفق العام من أجله.

غير أن القضاء الفرنسي تبنى في النهاية معيار قضائيا للتمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويقوم هذا المعيار على عنصرين أو لهما موضوعي والثاني شخصي.

فأما العنصر الموضوعي فيعني أن يكون موضوع النشاط تجاريا ولو لم يعترف به القانون التجاري كنشاط أو كعمل تجاري إذ يكفي أن يكون متعلق بالإنتاج والتوزيع.

أما العنصر الشخصي فيعني رغبة القانون في إخضاع النشاط لنظام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو الإداري.

أما القضاء الجزائري فقد أشار إلى طبيعة النشاط وقانون الإنشاء كمعيار التمييز بين المؤسسات العمومية الإدارية التي تخضع للقانون الإداري والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية.

1- لباد ناصر، المرجع السابق، ص 187.

أما تشريعا فإن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 فإنه يميز بين المؤسسات العمومية الإدارية التي تخضع للقانون الإداري والمؤسسات العمومية الصناعية واصفا هذه الأخيرة في نص المادة 45 منه كما يلي: "تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون التجاري، ولأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن"⁽¹⁾.

الفرع الثاني : المعيار المادي

و هو المتمثل في عنصر التمويل بالنسبة للمؤسسات العمومية المحددة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم المذكور اعلاه بالرغم من أن بعض فقهاء القانون الإداري في الجزائر مازالوا يعتبرون أن القاضي الإداري يعتمد فقط على المعيار العضوي لتحديد اختصاصه و نحن نتقبل هذا الرأي من خلال المرسوم التنفيذي 434 - 91 الخاص بالصفقات العمومية الذي يميز بتطبيقه على القطاع الإداري دون القطاع الاقتصادي مطبقا للمعيار العضوي بحدافه على اساس أن المادة 59 من القانون 01 - 88 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري الى القانون التجاري بمفهوم المحالفة عدم خضوعها لقانون الصفقات العمومية لكن في إطار تنظيمات الصفقات العمومية بعد ذلك أصبح القاضي يطبق المادة 02 من المرسوم الرئاسي المعدل و المتمم 10 - 236 أصبح اذا يعتمد على المعيارين معا لتحديد اختصاصه في منازعات الصفقات العمومية .

-بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتمد أساسا على المعيار العضوي و استثناءا على المعيار المادي فيقول الدكتور أحمد محيو لا يمكننا الاستغناء على المعيار المادي على أساسه سوف يتحصل المتضرر على التعويض .

1-المادة 45 من القانون التوجيهي رقم 01/88، المرجع السابق.

أما بالنسبة لموقف القضاء فإنه طبق أساسا المعيار العضوي في تحديد طبيعة النزاع الإداري. (1)

المطلب الثاني:

مجالات تدخل القاضي الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية

إن النظام القانوني الجزائري لم يتطرق إلى تصنيف الدعوى الإدارية وتنظيمها بكيفية مباشرة وواضحة، فقد كانت متناثرة بين النصوص القانونية المختلفة إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ بتاريخ 25 فبراير 2008، الذي ذكر أنواع الدعوى الإدارية التي تمارس أمام المحاكم الإدارية باعتبارها الجهة القضائية الإدارية التي لها الولاية العامة لمنازعات القضاء الإدارية وذلك ضمن المادة 801 منه والتي تضمنت ثلاث فقرات كل فقرة منها نصت على نوع من أنواع الدعاوي الإدارية وذلك على النحو التالي:

إن الفقرة الأولى من المادة 801 نصت على دعاوي إلغاء القرارات الإدارية..... إلخ والفقرة الثانية من نفس المادة نصت على دعوى القضاء الكامل باعتبارها من أهم الدعاوي الإدارية والتي تتكون موضوع دراستنا بشأن منازعات الصفقات العمومية، ومن هذا المنطلق فإن منازعات الصفقات العمومية لا تخرج أساسا عن نطاق إحدى هذين النوعين من أنواع الدعاوي الإدارية.

الفرع الأول:

دعوى الإلغاء في مجالات الصفقات العمومية

دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية تطرح مسألتين الأولى تتعلق بمفهوم دعوى الإلغاء (أولا) وشروط قبول دعوى الإلغاء (ثانيا).

¹ - رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 292 .

2-المادة 801 من قانون رقم 08-09 ، المرجع السابق

أولاً : مفهوم دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية عينة يرفعها صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهة القضائية والإدارية، وفق الشكليات والإجراءات القانونية المنظمة بشكل عام و التي تروى إلى إلغاء قرار إداري غير مشروع اتخذته المصلحة المتعاقدة قبل عقد الصفقة العمومية وهي بذلك توجه ضد القرار الإداري الصادر والمشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية⁽¹⁾ بهذا المفهوم فان مثل هذا القرار لا يمكن الأفراد أن يتمتعوا فيه بأي حقوق شخصية .

وللملاحظ أن صلاحية القاضي لا ينحصر فقط في البحث عن المشروعية من عدمها في القرار الإداري المطعون فيه، وبذلك يقتصر على مدى مطابقة القرار للقانون وبهذا فهولا يتعرض للوقائع التي أدت إلى إصدار هذا القرار فمتى توصل إلى قناعة عن عدم مشروعية القرار بحكم إلغائه كلياً أو جزئياً ،وفي الحالتين يكون الحكم الصادر بالإلغاء القرار له حجية مطلقة في مواجهة كافة وبيترتب عن صدوره إزالة أثر القرار بالنسبة إلى الجميع وأين كان الأمر فقضاء الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية يكون محدوداً بالنظر إلى لما توصل إليه مجلس الدولة الفرنسي والتي ترجع إلى مبدئين رئيسيين :

إن دعوى إلغاء لا تكون موجهة للعقود الإدارية لان شروط قبول دعوى إلغاء تكون ضد قرار إداري فقط⁽²⁾.

لا يمكن في مجال إلغاء الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها كسبب من أسباب التي تجيز طلب الإدارة العقدية لان دعوى إلغاء ما هي إلا عبارة عن جزاء لمبدأ عدم المشروعية فيما أن الالتزامات المترتبة عن العقود الإدارية هي التزامات شخصية ومع

¹ - بوعبد الله رضوان ، الرقابة الادارية المالية ، التقنية و القضائية على الصفقات العمومية النهائية التكوين لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 17 ، 2006 - 2009 ، ص 47.

² - بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق ص20

ذلك ففان مجلس الدولة قد قبل الطعن بإلغاء بعض القرارات الإدارية المنفردة (المنفصلة)، التي تساهم في تكون عقد الصفقة العمومية على النحو المتقدم .

- القرارات المنفصلة الصادرة قبل إبرام الصفقة العمومية:

وهي قرارات تستهدف التمهيد أو إلا عداد لإبرام صفقة عمومية أو أنها قرارات تسمح بإبرامها أو أنها تحول دون إبرام العقد وذلك فهي قرارات قليلا ما تؤدي إلى إثارة منازعات قبل عقد الصفقة ون أهم المنازعات الناشئة قبل إبرام الصفقات أو إنشاء إبرامها حسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236/10 تلك المتعلقة بحق الطعن المؤقت كإجراء أولي .

وفي جميع الأحوال فهذا النوع من المنازعات ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

المنازعات الناشئة عن مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقة منها مبدأ العلانية ، المساواة والشفافية .

المنازعات الناشئة عن عدم مشروعية القرارات المتعلقة بكيفية إبرام الصفقة أو مخالفة الشروط المتعلقة بتقديم التعهدات والعروض.

المنازعات عن عدم مشروعية القرارات المنفصلة المتخذة أثناء الإعداد لإبرام الصفقة العمومية كالمنازعات المتعلقة بالقرارات المخالفة للشكل الواجب لإبرام الصفقة .

قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية : يتخذ في شكل إعلان يمنح بموجبه الصفقة منحا مؤقتا من هذا المفهوم فمقرر المنح المؤقت ما هو إلا إجراء جديد قام المشرع باستحداثه حيث تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية وهو يتضمن أخبار المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي يحصل المتعهد الفائز بالمناقصة .

- مقررات الضبط الإداري:

يجب الإشارة إلى أن مقررات الضبط الإداري تصدر عن الإدارة في العادة لتحقيق النظام العام منها على سبيل المثال مقرر توقيف مناقصة بعد الإعلان وبحكم طبيعة هذه القرارات فهي تخرج عن ولاية قضاء إلغاء رغم ارتباطها بالصفقة.⁽¹⁾

ثانياً: شروط قبول دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية

تخضع هذه الدعوى لنفس الشروط العامة الموجبة لقبول أي دعوى إلغاء أخرى ومع ذلك فالشرط المتعلق بوجود قرار إداري كثيراً ما يتداخل مع عقد الصفقة العمومية في حد ذاتها وهو ما يحتاج لبعض التوضيح أكثر من بقية الشروط الأخرى.

1- شرط وجود القرار الإداري في مجال الصفقة العمومية

حسب التعريف الفقهي فالقرار الإداري ما هو إلا تعبير إرادي صادر عن جهة الإدارة بإرادتها فيحدث أثر قانونية وفي تعريف أخر فالقرار الإداري هو العمل القانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقاً للمصلحة العامة .

ما يمكن استخلاصه أن القرار الإداري يتمتع بجملة مجموعة من العناصر والخصائص أهمها أنه تصرف إداري انفرادي تعبر فيه الإدارة عن إرادتها الصريحة ويحدث آثار قانونية تتمثل في إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديلها أو إلغائها. وفضل عن ذلك حتى يكون قابل للطعن فيه بإلغاء يجب أن تكون فيه قوة القرار التنفيذي ذات طبيعة مسببة للضرر.

1- الشروط العادية :

إضافة إلى شرط القرار الإداري المنفصل على النحو المتقدم، اوجد القانون بعض الشروط الأخرى بقبول دعوى الإلغاء بعضها يتعلق بالشروط العامة ل لقبول أي دعوى قضائية وبعضها يتعلق بشروط خاصة لقبول بعض الدعوى الخاصة.

¹- احمد محمود جمعة ، اختصاص القضاء بمنازعات الادارية للأفراد و تطبيقاتها العملية ، منشآت المعارف الاسكندرية ، 1982 ص 59

فالشروط العامة لقبول الدعوى القضائية الى 6 شروط بما فيها دعوى الإلغاء أوجبته المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ توفرها هي الصفة المصلحة والأهلية وهي بهذا يعد شروط عامة ايجابية وهناك ثلاثة شروط أخرى اوجب القانون عدم توفرها الماد 33 من نفس القانون والمتمثلة في :

انعدام مسبق الفصل في الدعوى المادة 338 قانون مدني .

- انعدام الاتفاق على التحكيم

- انعدام الصلح وهي بهذا السبب اعتبرت سلبية.

وهناك شروط خاصة في ماد الصفقات العمومية وتتمثل في :

صفة طالب الإلغاء ومفاده : انه لا يجوز لغير المترشحين في المناقصة أن يرفعوا هذه الدعوة سواء كان هؤلاء الأشخاص طبيعية أو اعتبارية إلى جانب الشرط المتعلق بالميعاد الذي يتعين خلاله رفع دعوى الإلغاء وهي محددة 4 أشهر التالية من تاريخ تبليغ القرار أو نشره طبقا للمادة 829 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.⁽²⁾

الفرع الثاني :

اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل

إن المنازعات الناشئة عن عقد الصفقات العمومية تدخل كأصل عام في ولاية القضاء الكامل، ولا يخرج على هذه القاعدة سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية إذ يدخل هذا الطعن في ولاية قضاء الإلغاء ويرجع السبب في اختصاص القضاء الكامل لمنازعات الصفقات العمومية إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود وذلك بعكس الحال في دعوى الإلغاء.

¹ - المادة 13 من قانون 08-09 المرجع السابق .

² - المادة 829 ، المرجع نفسه .

فالتعن في القرارات الإدارية في إطار دعوى الإلغاء يؤسس على مخالفة مبدأ الشرعية في حين أنه في النادر أن يكون مرجع الطعن في منازعات العقود الإدارية ومنازعات الصفقات العمومية مخالفة لنص تشريعي أو لائح، ولكن يكون السبب في الغالب من ناحية أولى مخالفة بند من عقد الصفقة أو نص عقدي أو خطأ ارتكبه احد المتعاقدين أو هناك إخلال في الالتزامات المتفق عليها، كما قد يرجع الطعن إلى قيام عارض من عوارض التنفيذ مثل القوة القاهرة والظروف الطارئة، ومن ناحية ثانية فإن منازعات المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود هي منازعات شخصية بين أطراف العقد وليست منازعة عينية توجه إلى العقد ذاته، بالإضافة إلى ان القاضي في منازعات العقود يجب أن يتمتع بسلطات واسعة مثل القيام بتعيين خير أو فسخ العقد أو الحكم بتعويض أو إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال.

وأن دعوى القضاء الكامل تمارس في منازعات الصفقات العمومية والعقود الإدارية التي تشمل أصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، سواء اتخذت صورة للقرار الإداري أو لم تأخذه طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري وارتباطها بنود الصفقة وشروطها. ومن ثم فإن المنازعات كلما ارتبطت بنود الصفقة العمومية ونصوص العقد، سواء كانت المنازعات خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها تدخل كلها في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإنه يدخل في اختصاص ولاية القضاء الكامل الدعاوي المتعلقة بإبطال الصفقة العمومية كفسخها وكذا الدعاوي المتعلقة بالطلبات الناشئة عن الصفقة بالإضافة إلى الدعاوى التي تتعلق بالضمانات كضمانات الملائمة وحسن التنفيذ أو مبالغ الكفالة وبنود ملحقات الصفقات العمومية والتزاماتها، وغيرها من الدعاوى التي يكون منطلقها حقيقة الصفقة العمومية وبنودها.

1-كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جبلي، الجزائر، ص 108.

وأن تلك المسائل تتعلق بتنفيذ العقد وتندرج ضمن العملية العقدية نفسها وهي غير قابلة للانفصال عنها، ومن ثم فإن منازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

وهذه بعض الصور لمنازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن دعوى القضاء الكامل باعتبارها مرتبطة.

أولاً: دعوى بطلان الصفقة العمومية

وهي من أبرز دعاوي القضاء الكامل لأن موضوعها موجه إلى عيب في تكوين الصفقة العمومية وصحتها، ودعوى الإلغاء لا توجه إلى العقد الإداري وإنما موضوعها القرارات الإدارية كونها دعوى عينة⁽¹⁾.

إذا فالسبيل لدعوى بطلان صفقة عمومية هي دعوى القضاء الكامل، هذا ما قرره القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا بنصه: إن الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل.... لأنه غير موجه ضد أي قرار إداري وإنما ضد عقد.... وإن الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتفسيرها هي التي تكون من اختصاص قضاء الإلغاء" وأن المؤهل رفع هذه الدعوى هو المتعامل المتعاقد باعتباره هو صاحب الصفة في ذلك والمصلحة كونه طرفاً في عقد الصفقة العمومية، وليس لغير المتعامل المتعاقد رفع هذه الدعوى بطبيعة الحال كونه أجنبي عن الصفقة العمومية المراد إبطالها"⁽²⁾.

وعليه يمكن رفع دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية في الحالات التالية:

1- بطلان عقد الصفقة العمومية لعيب يتعلق بركن الرضا:

1- كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 110.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة 5، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص 189.

تبرم الصفقة بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة يتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة التي أعلنت عنها الإدارة، فإذا صادف هذا الإيجاب قيودا من جهة الإدارة بأن أرسلت عليه المناقصة ووصل إليه العلم بهذا الإرسال انعقد العقد، ويترتب لصحة هذا الأخير أن يكون صادر عن ذوي أهلية وخاليا من عيوب الإدارة المتمثلة في الخلط الجوهري، التدليس الصادر عن أحد الطرفين وكذا الإكراه.

أما الغبن فإن هناك موقف يستبعد هذا الأخير من أن يستوي عقد الملكية لأنها تتم في ظروف تنافسية دون تدخلات من الإدارة إلا في الأمور التنظيمية لها فقط و يضع الراغب في التعاقد الأسعار التي يرى أنها تمكنه من الحصول على ربح في إطار موضوعي دون تعزيز من الإدارة.

2- بطلان عقد الصفقة العمومية لعيب يتعلق في ركن المحل:

لقد طبق القضاء الإداري المبادئ المدنية المتعلقة بالمحل، والتي تتمثل في أن يكون موجودا ممكنا، معيناً أو قابلاً للتعامل على العقود الإدارية فيما عدا ما تستلزمه طبيعة هذه العقود وبالتالي فإنه يجوز إبطال عقد الصفقة العمومية إذا كان محلها متعارضا مع النظام العام، لأنه سيكون غير مشروع، وعليه فإنه لا يجوز مثلا لإداريتين عموميتين التقدم بعطاءات أو عروض فيها بينهما تطبيقا للفقرة 3 من المادة 2 من قانون الصفقة العمومية.⁽¹⁾

3- بطلان عقد الصفقة العمومية لتخلف ركن السبب:

يشترط في ركن السبب في العقد الإداري أن يكون موجودا ومشروعا وإلا عد العقد باطلا وتزول كل آثاره أيضا، ويعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لكن يمكن أن ينشأ رغم ذلك حق لأحد طرفي العقد باقتضاء تعويض من الطرف الآخر، تأسيسا على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب والمثال على ذلك أنه في حال اتفاق الإدارة على التعاقد مع أحد الطرفين للقيام بعمل لكنها أصدرت قرارا بإلغاء هذا التعاقد لإنعدام

¹ - كلوفي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 111 .

جدواه رغم ما قام به هذا الطرف الاخر من اعمال لم ترفضها الإدارة بل استفادت منها فالسبب هنا أصبح غير موجود وبالتالي أصبح العقد باطلا، لكن الطرف الاخر افتقر وأثرت على حسابه الجهة الإدارية وعليه فإنه يصح له طلب التعويض.

ثانيا: دعوى الحصول على مبالغ مالية

إن جميع منازعات الصفقات العمومية التي يكون موضوعها الحصول على مبالغ مالية التي تمثل الشروط الواردة في عقد الصفقة مهما كانت صورها سواء أكانت تمثل قيمة الالتزام المتفق عليه ضمن بنود الصفقة، أو جزء منه، أم قسط من الأقساط، أو كان يمثل المطالبة بالتعويض عن الأضرار متسبب فيها أحد الأطراف المتعاقدة، أو كانت المنازعة تتعلق بغرامة مالية التي تنتمي إلى إحدى الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة في إيقاعها على المتعامل المتعاقد في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه خارج الآجال، أو أن التنفيذ غير مطابق للاتفاق، أو كانت المنازعة تتعلق باسترداد مبالغ الكفالة المدفوعة مسبقا، أو منازعات مبالغ ضمان حسن التنفيذ، أو تحميل فارق السعر، وبصورة عامة جميع المنازعات في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع المالي، في إطار بنود عقد الصفقة العمومية فهي تمارس بموجب دعوى القضاء الكامل، لأنها منازعات تتدرج ضمن دائرة تنفيذ الصفقة العمومية وناشئة عن نصوصها، فهي منازعات على الحق ومدى الالتزام بشروط الصفقة، ومن ثم فلا جدال في أن مثل هذه المنازعات هي منازعات حقوقية يختص بها القضاء الإداري الكامل ولا تنتمي إلى منازعات قضاء الإلغاء، لأن موضوعها ليس حول صحة القرار الإداري.⁽¹⁾

¹ - كلوفي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 112 .

كما أن هذه المنازعات تمارس من طرف أحد طرفي عقد الصفقة العمومية، وليس للغير أن ينازع فيها لأنه غريب عن عقد الصفقة وليس له أية حقوق أو التزامات بخصوصها⁽²⁾.

ثالثا: دعوى المطالبة بإبطال التصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لقواعد إبرام الصفقات العمومية

إن المصلحة المتعاقدة قد تقوم بتصرفات مخالفة لالتزاماتها المتضمنة بنود الصفقة العمومية، وتتجلى بعض تلك التصرفات في صورة قرارات إدارية، فإن للمتعاقد أن يسعى لإبطال تلك التصرفات عن طريق دعوى القضاء الكامل، ولا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء دعوى الإلغاء حتى ولو اقتضت دعواه على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة بصفقتها متعاقدة، لأن القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة كان في الأساس مستندا على نصوص عقد الصفقة العمومية، فهو يعتبر إجراء تعاقديا، ويخرج عن مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة لعدم توافر فيه شرطية ومن ثم فهذه القرارات تعتبر منازعاتها من المنازعات الحقوقية التي أصدرت عن المصلحة المتعاقدة ومرتبطة بنود الصفقة العمومية والتزاماتها ومن ثم فإنها لا تخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية بل أنها تدخل في ولاية القضاء الكامل⁽¹⁾.

وعلى المتعامل المتعاقد لإبطال تلك القرارات أن يؤسس دعواه على نصوص الصفقة العمومية نفسها وتنفيذا لها، ولا يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية اما بالنسبة لغير المتعامل المتعاقد المتضرر من تلك القرارات الإدارية التي أصدرتها المصلحة المتعاقدة تنفيذا لالتزاماتها التعاقدية وفقا لبود الصفقة العمومية فليس له أن يسلك طريق

2- المرجع نفسه ، ص 111 .

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 190، ص 191.

القضاء الكامل لإبطال تلك القرارات الإدارية، وليس أمامه سوى أن يسلك دعوى الإلغاء لأنه ليس طرفا في الصفقة العمومية، وليس له حق شخصي ترتب عليها، وإنما هو ينازع القرار الإداري الذي أضر بعينه وعليه أن يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية ولا يشير إلى نصوص الصفقة العمومية ولا إلى بنودها من أجل إلغاء القرار الإداري الذي أضر به.

رابعاً: دعوى فسخ الصفقة العمومية

إن فسخ الصفقة العمومية عن طريق القضاء تأخذ إحدى الصور التالية:⁽¹⁾

- إما أن يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، وهو الحق المخول لها بموجب المادة 112 من تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾.

- وإما أن يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية لسبب من الأسباب كإستحالة في التنفيذ لقوة قاهرة أو للإخلال بالالتزامات فالدعوى الإدارية في هذا الصدد تتدرج في نطاق القضاء الكامل بما في ذلك الطعن بالالغاء في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة المتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، لأنه لا يدخل ضمن القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية العقدية لارتباطه ببنود الصفقة العمومية وشروطها.

وان منازعات فسخ الصفقة العمومية بمختلف صورها تعتبر من المنازعات الحقوقية كونها تتدرج ضمن دائرة عقد الصفقة العمومية وشروطها وأن هيئة القضاء وهي تنظر في إحدى تلك المنازعات تعتمد في فصلها على مدى احترام الالتزامات التعاقدية

1- لباد ناصر، المرجع السابق، ص 283.

2- مرسوم رئاسي رقم 236/10، المرجع السابق.

وشروط الصفقة العمومية ونصوصها، وليست منازعات عينية تتعلق بمدى شرعية القرار الإداري.

هذا بالنسبة للمتعاقد فليس أمامه سواء دعوى القضاء الكامل للمنازعة في مسألة فسخ الصفقة العمومية بمختلف أنواعها وله أن يؤسس دعواه على نصوص الصفقة العمومية وبنودها.

أما بالنسبة لغير المتعاقد فلا يتوفر فيه شرطي الصفة والمصلحة للمطالبة بفسخ عقد الصفقة العمومية، ومن ثم فليس له أن يرفع دعوى بهذا الشأن، ولكن له ان يطعن في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة والمتضمن فسخ الصفقة العمومية.

إذا كان هذا القرار الإداري مضرا به واستوفى شرط المصلحة وليس له لممارسة هذا الطعن إلا أن يسلك طريق دعوى الإلغاء، لأنه ينازع في قرار إداري بعينه ولا يتمتع بأي حق شخص، وعليه أن يؤسس دعواه على مبدأ المشروعية دون الإشارة إلى نصوص الصفقة العمومية وشروطها لأنه ليس طرفا فيها⁽¹⁾.

مما سبق التعرض له نخلص إلى ان منازعات الصفقات العمومية بين فرقاء العقد في مرحلة التنفيذ تمارس عن طريق دعوى القضاء الكامل، كون المنازعات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية هي منازعات حقوقية تتعلق بالتزامات عقد الصفقة وشروطها وغن كانت هذه المنازعات تتضمن الطعن في قرارات إدارية صادرة عن المصلحة المتعاقدة، لأن تلك القرارات الإدارية تعتبر إجراءات تعاقدية ولا تدخل في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة لأنها مرتبطة ببنود الصفقة العمومية ونصوصها.

أما بالنسبة لغير المتعاقد فإن تضرر من أي قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية فإن ليس أمامه سوى وسيلة دعوى

1-DELAUBADERE André, MODERN franc et DELVOLVE pierre, traité des contrats administratifs tome 2, L.G.D.J.Paris, 1984, p 1061.

الإلغاء فقط، لأنه ينازع في قرار إداري مستقل بعينه بالنسبة له، كونه ليس طرفاً في عقد الصفقة العمومية.

الفرع الثالث:

إجراءات سير الدعوى أمام القضاء الإداري

أوضحنا فيما سبق أن منازعات الصفقات العمومية تخضع لرقابة الفصل الكامل لأن الصفقات العمومية هي أعمال قانونية تعاقدية، كما تخضع لرقابة قضاء الإلغاء وذلك ضد الأعمال أو القرارات المتصلة والمنفصلة عن عقد الصفقة العمومية إذا كانت غير مشروعة.

ويعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المجال الحيوي الذي يتحرك من خلاله القاضي والمتقاضي في كل المنازعات، وذلك لأن هذا القانون يتناول الجانب المتعلق بالإجراءات المقررة لتسوية المنازعات الإدارية، حيث تنظم هذه الإجراءات وفق مراحل تنطلق هذا رفع الدعوى وتصل إلى صدور الحكم الفاصل فيها وكذا إمكانية الطعن فيه.

أولاً: كيفية رفع الدعوى أمام القضاء الإداري

يقصد برفع الدعوى أن تسير الخصومة أمام القضاء وذلك وفق أعمال إجرائية ترد على الدعوى منذ تقديمها إلى القضاء لحين الفصل فيها بحكم.

وتتعدد الخصومة في المنازعات الإدارية بعد احترام شرط الميعاد في دعوى الإلغاء⁽¹⁾، غير أن دعوى القضاء الكامل على عكس لا يقيد إقامتها بميعاد معين، حيث يبقى ذلك متاحاً طالما بقي الحق موضوع الدعوى قائماً ولم يسقط التقادم.

إذن يتوجب لانعقاد الخصومة في منازعات الصفقات إتباع إجراءات صحيحة

وهي:

1- إعداد عريضة الدعوى الإدارية:

1-المادتين 829 و 907 من القانون رقم 08-09 ، المرجع السابق.

عريضة الدعوى الإدارية هي طلب يتقدم به ذوي الشأن -المدعي- إلى الجهة القضائية المختصة لحماية مراكزهم القانونية ضد أي اعتداء إداري، وإن إعداد هذه العريضة يشترط ما يلي:

أ- ذكر بيانات عريضة الدعوى الإدارية: تشمل هذه العريضة على جملة البيانات حددتها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أحالت إليها المادة 816 منه وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي:

1- ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى: يشترط في العريضة الخاصة بالدعوى الإدارية أن تتضمن اسم الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا كأن تكون محكمة إدارية أو مجلس الدولة.

2- أطراف الخصومة: ويجب أن تشمل عريضة الدعوى الإدارية اسم المدعي ولقبه وموطنه وكذا اسم ولقب المدعى وموطنه، فإن لم يكن له موطن معن فآخر موطن له مع الإشارة إلى تسميته وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقى خاصة وإن أحد أطراف الدعوى في منازعات الصفقات العمومية جهة الإدارة فلا يشترط أن تكون هذه الجهة متمتعة بالشخصية المعنوية، فالوزارات ليس لها شخصية معنوية، بل هي جزء من شخصية الدولة بمعنى أن كل وزارة لا تتمتع بشخصية قائمة بذاتها ولكنها تنتمي إلى شخص الدولة⁽¹⁾.

3- تحديد ملخص موضوع النزاع والطلبات والوسائل المؤيدة للحق فيه: لقد أكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة تقديم الوثائق والسندات رفقة العريضة مع جرد مفصل عنها ما لم يوجد مانع دون ذلك بسبب عددها أو حجمها وخصائصها ويؤشر أمين الضبط على هذا الجرد⁽²⁾ كما أوجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى إصدار تدابير مستعجلة عرض موجز للوقائع والوجه المبررة للطلب الإستعجالي.

1- الطماوي سليمان، المرجع سابق، ص 321.

2- المادة 820 و904 من القانون رقم 09-08 المرجع السابق.

وهذا في الواقع يبين أنه بدون عرض للوقائع وتحليلها وتقديم أساليب الطلب لا يمكن للخصم أن يقدم وسائل دفاعه ومناقشة طلب المدعى ولا يتمكن كذلك القاضي من الاحالة بعناصر النزاع والفصل فيه⁽³⁾.

ب- ضرورة أن تكون عريضة الدعوى الإدارية مكتوبة موقعة ومؤرخة:

من بين خصائص قواعد الإجراءات الإدارية "الكتابة" لأن الشرط يوفر مزايا الدقة وثبات طلبات المدعي عكس التصريح الشفوي الذي يفتح المجال للتأويلات وعدم الدقة أحيانا في تحديد الطلب والكتابة التي يقصد بها ليست مجرد أي كتابة، إنها هي تلك التي تأخذ شكل عريضة تودع لدى أمانة الضبط لعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف مقابل وصل يثبت تسجيلها في سجلات الدعاوى بعد رفع رسومها القضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ج- توفر شروط قبول كل دعوى متعلقة بمنازعات الصفقات العمومية:

وتعني بذلك الصفة والمصلحة، الميعاد، حالة الاستعجال في الدعوى الاستعجال... أما بالنسبة للأهلية فإنها لم تعد من شروط الدعوى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأن القاضي يثيرها تلقائيا انعدام التفويض بممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

-إيداع عريضة الدعوى الإدارية وتبليغها للخصوم:

تودع عريضة الدعوى الإدارية بأمانة ضبط الجهة القضائية الإدارية المختصة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه وان يقوم كاتب ضبط إثر ذلك بتسليم إيصال للمدعي ثم يعلن العريضة للمدعى عليه.

3-شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص 296.

أ- إيداع عريضة الدعوى الإدارية: تتعدّد الخصومة الإدارية بإيداع العريضة بالأوضاع والشكليات التي يتطلبها القانون لدى امانة الضبط للمحكمة الادارية او مجلس الدولة مقابل دفع الرسم القضائي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ثم تقيد بعد ذلك العريضة عند إيداعها سجل خاص يمسك بأمانة الضبط، ويقوم أمين الضبط بعد ذلك بتسليم وصل بث إيداع العريضة كما يؤثر على إيداع مختلف المذكرات والمستندات وتقيد العرائض وتقييم في السجل حسب ترتيبها ودورها، كما يقيد التاريخ ورقم التسجيل على العريضة وعلى السندات المرفقة بها⁽¹⁾.

أما إذا كانت الدعوى استعجالية فإنه يمكن تقديم الطلب إلى قاض الاستعجال خارج أيام العمل في حالة الاستعجال القصوى وذلك بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط⁽²⁾.

ب- تبليغ عريضة الدعوى الإدارية للخصوم: لقد تأكّدنا أن الطعون في المسائل الإدارية مقامه بمجرد إيداع عريضة في تاريخ معين لدى كتابة الضبط أو قلم كتاب المحكمة وذلك وحده يكفي لترتيب كافة الآثار القانوني سواء من حيث اعتبار الدعوى مقاصة أو من حيث تحديد هذه بالدعوى، اما ما يلي ذلك من اجراءات كإعلان العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية أو إلى ذوي الشأن فليست ركن من أركان الدعوى الإدارية أو شرطا لصحتها، وإنما هي إجراءات مستقلة لا يقوم بها أحد طرفي المنازعة، إنما تقوم بها الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى من تلقاء نفسها.

وإذا كانت الدعوى الاستعجالية فإن العريضة تبلغ رسميا الى المدعى عليهم وتمنح الخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة أو مجلس الدولة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ، ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغنى عنها دون أعذار⁽³⁾.

1- المواد 821، 823، 824 من قانون رقم 09-08، المرجع السابق .

2- المادة 302 من المرجع نفسه.

3- المادة 926 من المرجع نفسه .

1- المادة 970 من القانون رقم 09-08، المرجع السابق

3- إعداد ملف الدعوى الإدارية:

بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط يعين رئيس الجهة القضائية الإدارية التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الحكم، بعد ذلك تبدأ الخطوات إعداد ملف الدعوى كما يلي:

أ- إجراءات الصلح والوساطة: يعتبر الصلح والوساطة من الطرق البديلة لحل النزاعات بدل القضاء، حيث يقوم القاضي بعرضها على الخصوم:

تنص المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل"⁽¹⁾ وأضافت المادة 971 من نفس القانون ما يلي "يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة"⁽²⁾ واشترطت المادة 974 أنه "لا يجوز للجهة القضائية الإدارية أن تبشر الصلح إلا في المنازعات التي تدخل في اختصاصها"⁽³⁾.

ولإجراء الصلح مظهرين هما حسب نص المادة 972 قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾.

- إما أن يتم بسعي من الخصوم ويبقى للقاضي الإشهاد عليه فقط.

- إما يسعى من رئيس تشكيلة الحكم بشرط قبول الخصوم لهذا الصلح.

ب- الوساطة: هي اللجوء إلى طرف ثالث لمساعدة الأطراف المتنازعة لإزالة سوء التفاهم والوصول إلى اتفاق حتى يتجنبوا إضاعة الوقت والجهد والنفقات إذا التجؤوا إلى القضاء أو حتى التحكيم.

1- المادة 970 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق

2 - المادة 971 من المرجع نفسه.

3- المادة 974 من المرجع نفسه.

4- المادة 972 من المرجع نفسه.

إن الهدف من وراء نظام الوساطة هو تمكين الاطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي تنشأ وإزالة سوء التفاهم حول النقاط التي ثارت بينهم.

إذن كل من الصلح والوساطة وسائل بديلة لحل النزاعات بما فيها النزاعات الإدارية وهي أكثر نجاعة نظرا لما توفره الدولة من نفقات ومصاريف وما توفره من وقت خاصة وأن أشخاص الصفقات العمومية يباشرون أنشطة لإشباع الحاجات العامة ويحققون مشاريع هامة يكتسي إنجازها الطابع الاستعجالي.

ب- إجراء التحقيق: إذا فشل كل من الصلح والوساطة فإنه يبقى مادرا فيهما من تصريحات الملف والسر، ومن هذا الإطار إذا تبين لرئيس المحكمة الإدارية أن حل القضية مؤكد فإنه يقرر بلا وجه للتحقيق في القضية ويرسل الملف إلى محافظ الدولة ليقدم التماساته أما إذا كان التحقيق ضروري فإنه يقوم رئيس المحكمة الإدارية بتعيين التشكيلية التي تفضل في الدعوى بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط.

1- دور رئيس تشكيلية الحكم وأطراف النزاع في التحقيق:

يعين رئيس تشكيلية الحكم القاضي المقرر الذي يحدد بناء على ظروف القضية الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية والملاحظات وأوجه الدفاع والردود، ويجوز أن يطلب كل مستند أو أية وثيقة تفيد في فض النزاع.

كما يجوز لرئيس تشكيلية الحكم عندما تقتضي ظروف القضية أن يحدد فور تسجيل العريضة التاريخ الذي يختم فيه التحقيق ويعلم الخصوم به عن طريق أمانة الضبط⁽¹⁾.

أما إذا كانت الدعوى الاستعجالية فإنه يجوز لقاضي الاستعجال بناء على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو التحقيق، وتبليغ هذه العريضة رسميا وحالا إلى المدعى عليه مع تحديد أجل للرد من قبل المحكمة كما

1-المادة 84/4 فقرة 2، 3، 4 من القانون رقم 08-09 المرجع السابق .

يحيل القاضي المقرر وجوبا ملف القضية مرفقا بالتقرير والوثائق الملحقة به إلى محافظ الدولة ليقدّم هذا الأخير تقريره المكتوب في أجل شهر واحد من تاريخ استلام الملف.

2- وسائل التحقيق:

تعدّ منازعات الصفقات العمومية من طبيعة خاصة لأن أحد أطرافها سلطة عامة تتمتع بسلطات الإكراه القانوني، اتجاء الطرف الآخر بالتالي فالخصومة فيها تتميز بعدم المساواة بين المتقاضين لهذا السبب جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق الإثبات لمواجهة الإدارة هي تقريب ذاتها وسائل التحقيق في المنازعة الإدارية، وتتمثل هذه الوسائل في:

أ-الخبرة: أحالت المادة 858 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تطبيق إجراءات الخبرة المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من نفس قانون على المنازعات الإدارية، والجدير بالإشارة إليه هو أن الخبرة في مجال قضاء الشرعية تكاد تنعدم عكس ما هو عليه الأمر في قضاء المسؤولية والواقع العملي يبرز بعض الخصوصية لها. ولقد جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراء الخبرة جوازا سواء أمر بها القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم بغية تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة، أما في الأمور المستعجلة فإن القاضي يأمر في الغالب بتعيين خبير بناء على طلب أحد الأطراف كطلب أصلي وليس فرعي، لأنه لو عين الخبير قاضي الاستعجال وما يترتب عنه من حدوث أضرار بالغير يصعب إصلاحها فيما بعد⁽¹⁾.

شهادة الشهود: هي أحد طرق الإثبات التي نظمت في المواد من 150 إلى 162 من ق م إ ولقد أحالت المادة 859 من نفس القانون لتطبيقها كوسيلة تحقيق في منازعة

1-بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة باتنة، الجزائر، 1995، ص 15، ص 158.

إدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية، إذ يمكن لرئيس تشكيلة الحكم أو القاضي المقرر الذي يقوم بسماع الشهود أن يستدعي أي شخص يرى سماعه مفيد بما فيه أعوان الإدارة أو يطلب حضورهم لتقديم الإيضاحات⁽¹⁾.

ان الإثبات شهادة الشهود خطير في منازعات الصفقات العمومية لما ينطوي عليه من إمكانية إغراء بعض الشهود، كما أنه يصعب الإثبات بذكر الوقائع بصفة محضة ودون تحريرها، كما أنه يصعب مواجهة المصلحة المتعاقدة كسلطة عامة بشهادة شاهد لأن الغالب هو أنها تتعامل بوثائق، قرارات وعقود.....إله، ولهذا يتوجب على القاضي إكمال سلطته التقدير في فحص وتقدير ما سمعه من الشاهد حتى يقبل أو يرفض شهادته.

ب- المعايينة والانتقال إلى أماكن: لقد نص على هذا الإجراء قانون المحاكم والمجالس الإدارية لفرنسا في المادة 176 من المرسوم المؤرخ في 29 مايو 1997 الذي سمح للقاضي بالانتقال إلى الأماكن في الإجراءات التنازعية القضائية الإدارية، من أجل أن يتعرف بدقة على الوضعية القانونية للشيء موضوع الدعوى⁽²⁾.

ولقد أقرت هذا الإجراء المواد 140 إلى 146 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحالت المادة 861 من نفس القانون على تطبيقه في مجال المنازعات الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية ولقد جعل هذا الإجراء جوازيا لقاضي المنازعات الإدارية إذا بإستطاعته الأمر به وحتى ولو لم يطلبه لخصوم، وذلك قصد القيام بمعاينات أو تقييمها أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إن اقتضى الأمر ذلك، حيث يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات.

1-المادة 858 من القانون رقم 09-08،المرجع السابق .

2-بين الشيخ أت ملويا حسين، مبادئ الإثبات في المنازعة الإدارية، دار هومة للطبع والنشر،الجزائر ، 2000، ص 162.

إن إجراء المعاينة والانتقال للأماكن هو وسيلة تحقيق وإثبات خاصة بالنسبة لمنازعات تنفيذ الأشغال العامة، وهو في الحقيقة يهدف إلى الإطلاع على الحقيقة عن قرب من اللجوء إلى الخبرة لأنها قد تكون ناقصة وغير كافية وغير معبرة.

د-مضاهاة الخطوط: لقد نص على هذه الوسيلة في المواد 164 إلى 176 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحالت المادة 862 إلى تطبيقها في المنازعة الإدارية.

ومضاهاة الخطوط تعني مقارنة الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم للشخص الذي يتمسك بالورقة العرفية في مواجهته بخط أو إمضاء أو بصمة أو ختم ثابت له⁽¹⁾.

ولقد ذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية جملة من العناصر المقبولة على وجه المقارنة وهي:

-التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية.

-الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها.

-الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره.

وقد تكون دعوى مضاهاة الخطوط طلب فرعياً متعلقاً بمحضر عرفي يختص بالفصل في القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، كما يمكن تقديم هذه الدعوى كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة.

رغم وجود نص على إجراء مضاهاة الخطوط في منازعات الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية إلا أن هذا الإجراء غير ملزم للقضاء، فالمحكمة أن تفضي بصحة الورقة أو بردها أو بطلانها إذا رأت أن الدعوى وسنداتها كافية في ذاتها لإقناعها.

1-معدة محمد، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي عدد 2 دون تاريخ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 88.

ثانيا: إصدار الأحكام والقرارات الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية وطرق الطعن فيها

بعد إتمام إجراءات التحقيق في الدعوى وتهيئتها للحكم فيها وانقضاء المواعيد الممنوحة لتقديم المذكرات وتبادل أطراف النزاع الإطلاع والردود عليها وكذا إيداع المستشار المقرر لتقريره مكتوبا محددًا فيه بالوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع منتهيا إلى ان جهة القضاء الإداري هي المختصة نوعيا ومحليا لنظر منازعات الصفقات العمومية بعد بحثه في الجانب الشكلي للدعوى وذلك بإبداء الرأي فيه بطلب الرفض أو قبول الدعوى مع التأسيس القانوني والواقعي، تأتي مرحلة المحاكمة وصدور الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعة، وبالنظر لما يمكن أن يشوب هذه القرارات من عيوب فإنه يوسع صاحب المصلحة أن يطعن فيه وفق أحد طرق الطعن المقررة قانونا حسب ميعاد النظر فيه.

1- إصدار الأحكام او القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية:

تصدر وفقا للمراحل التالية:

أ- **تنظيم الجلسات:** تكون الجلسات كقاعدة عامة علنية يكون الحضور فيها مسموحا بغير قيد لكل يريد الحضور ومع ذلك يجوز أن تكون الجلسات سرية بتقرير من القاضي إذا كانت تشكل خطر على النظام العام⁽¹⁾.

وتنظم الجلسات أمام القاضي كما يلي:

1- **جدولة الجلسات:** يحدد رئيس تشكيلة الحكم جدول كل جلسة أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة ويبلغ إلى محافظ الدولة، كما يجوز تشكيلة الحكم أو رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس مجلس الدولة أن يقرر في أي وقت وفي حالة الضرورة جدولة أية قضية للجلسة للفصل فيها بإحدى تشكيلاتها، وتتولى أمانة الضبط إخطار جميع الخصوم بتاريخ الجلسة الذي ينادي فيه على القضية في أجل 10 أيام على الأقل قبل تاريخ

1-معدة محمد، المرجع السابق، ص 83.

الجلسة، وفي حالة الاستعجال يجوز تقليص هذا الأجل إلى يومين بأمر من رئيس تشكيلة الحكم⁽¹⁾، ويعد واجب إبلاغ النيابة العامة بـ10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرف فيها⁽²⁾.

2- سير الجلسات: تبدأ مناقشة الدعوى الإدارية بتلاوة القاضي المقرر لتقريره المكتوب المعد حول القضية، وبعد الاستماع إليه يمنح جوازا للخصوم حتى يقدموا ملاحظاتهم الشفوية تدعيما لطلباتهم الكتابية.

ويمكن أيضا لرئيس تشكيلة الحكم الاستماع إلى أعوان الإدارة المعنية أو دعوتهم لتقديم توضيحات، كما يمكنه إستثناء أن يطلب توضيحات من كل شخص حاضر يرغب أحد الخصوم في سماعه، ويتناول المدعى عليه الكلمة أثناء الجلسة بعد المدعى عندما يقوم هذا الأخير بملاحظات شفوية.

ب- إحالة القضية على المداولة: وفي هذه المرحلة من المحاكمة تحجز القضية لأجل الفصل فيها كما يلي:

1- قفل باب المرافعة: إن القاضي هو الذي يعلن عن قفل باب المرافعة إذا ما انتهت اجراءات رفع الدعوى، ويعين هذا الإعلان انتهاء الجلسات وأن الدعوى أصبحت صالحة للفصل فيها، حيث بإمكان الجهة القضائية المختصة أن تصدر حكما، إن غلق باب المرافعة يجعل الخصومة بين أيدي القضاة وبالتالي لا مجال لتدخل أطرافها إلا في حالة الضرورة الملحة كظهور دليل جديد.

2- إجراء المداولة: يعني مناقشة القضية بواسطة هيئة المحكمة وحاصل هذه المناقشة هو اتخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف

1-المواد من 274 إلى 276 من القانون 08-09، المرجع السابق.

2-المادة 260 المرجع نفسه.

الدعوى فالمدولة هي التشاور وتبادل الرأي بين القضاة تمهيدا لتكوين الرأي النهائي في الموضوع المعروض والذي يكون هو الحكم في الدعوى عند النطق به.

وتتم المداولات في السرية وتكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين بالضبط⁽¹⁾.

وهذا يفيد انه بمخالفة هذه السرية فإن الحكم يتعرض للبطلان المطلق لتعلقه بالمصلحة العامة والنظام العام.

ونظرا لما يلعبه إجراء المداولة من دور للتوصل إلى حكم منهي النزاع فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية منع تمديد هذا الإجراء إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة وبشرط أن لا تتجاوز جلسيتين متتاليتين.

ج- النطق بالحكم أو القرار القضائي وتبليغه وتنفيذه:

1- النطق بالحكم أو القرار القضائي: يصدر الحكم في النزاع بأغلبية الأصوات وعلينا ما عدا في الأوامر الولائية ويتم النطق به في تاريخ لاحق مع شرط تبليغ هذا التاريخ للخصوم وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق به للجلسة الموالية.

ويقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية، مع الإشارة إلى أن تاريخ الحكم هو تاريخ النطق به.

ويشمل الحكم وجوبا تحت طائلة البطلان في ديباجته على العبارة التالية: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب".

واشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحكم جملة من البيانات من بينها: الجهة القضائية التي أصدرته، أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا القضية، أسماء وموطن كل واحد منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعة وتسميته ومقره الاجتماعي، أسماء وألقاب محامين.....إلخ، مع الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية ويستلزم أن يكون الحكم مسببا من حيث الوقائع والقانون والنصوص المطبقة

1- المادة 269 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق .

مع ضرورة أن يتعرض وقائع القضية وطلبات وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم مع ضرورة رده على كل الطلبات والوجه المثارة⁽¹⁾.

2-تبليغ الحكم او القرار القضائي: بعد تسجيل الحكم يسلم أمين الضبط نسخة تنفيذية أو نسخة عادية بمجرد طلبها، وتحمل النسخة التنفيذية عبارة "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وختم الجهة القضائية وتوقيع أمين الضبط الذي يسلمها للمستفيد من الحكم بينما تسلم النسخة العادية لأي شخص مقابل دفع الرسم المستحق.

ويجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولو بعد حيازته قوة الشيء المقضى به أن تصح الخطأ المادي أو الاغفال الذي يشوبه وكذا تصحيحه إذا طعن فيه أمامها بموجب عريضة من الخصوم أو أحدهم أو محافظ الدولة، وتبلغ الأحكام والأوامر الفاصلة في الموضوع رسمياً إلى الخصوم في موطنهم عن طريق أمانة الضبط استثناءً بأمر من رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس مجلس الدولة⁽²⁾.

3-تنفيذ الحكم او القرار القضائي: تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الحكم الفاصل في منازعات الصفقات العمومية، إذ يتوجب عليها أن تقوم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إصدارها لأي قرار سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو تمنع عن اتخاذ أي إجراء يؤدي إلى القيام بما يناقض هذا الحكم، وعليه فإن أصدرت المصلحة المتعاقدة قراراً إدارياً بالمنح المؤقت لصفقة لشخص ما تم صدر قرار قضائي بإلغائه فلا يجوز لها منح الصفقة له.

كما يتعين على المصلحة المتعاقدة إزالة الآثار المترتبة عن القرارات المنفصلة كقرارات الضبط الإداري الذي اتخذتها أثناء تنفيذ الصفقة والتي تمس بمصلحة الطرف المتعاقد أو الغير، ويفرض عليها اتخاذ جميع الإجراءات لإزالة مظاهر التنفيذ المادي

1-المواد من 270 إلى 277 من قانون رقم 08-09 المرجع السابق .

2-المادة 895 من قانون 08-09،المرجع السابق .

للقرار وفي حالة استجابة ذلك فإنه يتعين عليها تعويض المتضرر ماديا، على أساس عدم التزامها عينا.

إن تنفيذ الإدارة للحكم القاضي بإلغاء قرار منفصل عن صفقة العمومية لا يمتد إلى فسخها أو تصحيحها أو إبطالها إلى إذا طالب بذلك أطرافها أمام قاضي العقد، إلا أن الأستاذ "الطماوي سليمان" نوه بضرورة أن يطل أثر الإلغاء للصفقة لأن ما بنى على باطل فهو باطل⁽¹⁾.

وبصدور قانون الإجراءات الجديد، تم الاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة في حالات معينة منها الحالة المنصوص عليها في المادة 946 منه المتعلقة بقضاء الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات، وكذا الحالة المنصوص عليها في المادة 981 منه عند امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها.

2- طرق الطعن في الأحكام والقرارات القضائية في منازعات الصفقات العمومية:

وتنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية وطرق غير عادية:

أ- طرق الطعن العادية: وتتمثل الطرق العادية للطعن في الاستئناف والمعارضة.

1- الاستئناف: هو وسيلة قضائية منظمة قانونا تهدف إلى مواجهة الحكم الصادر عن المحكمة، ومن خلاله يمكن للمحكوم عليه أو المحكوم له إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وقد يكون الغرض من الاستئناف إلغاء الحكم المطعون فيه أو استبداله بحكم جديد أو تعديله⁽²⁾.

وبفهم مما سبق أن الحكم محل الاستئناف يكون ابتدائي قضائي سواء صدر عن المحكمة الإدارية أو عن مجلس الدولة كدرجة أولى من درجات التقاضي وأنه يفصل فيه

1-الطماوي سليمان، المرجع سابق، ص 192.

2-المادة 352 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

أمام هذا الأخير في أجل شهرين، وفي حالة الاستعجال يخفض إلى 15 يوما وذلك من تاريخ التبليغ أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة في حالة صدوره غيابيا⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقبل استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع إلا مع استئناف الأحكام الفاصلة في الموضوع وذلك بعريضة واحدة.

ويستبعد الطعن الاستئناف في الدعاوى الاستعجالية وذلك لتمتع الأمر الاستعجالي بالقوة التنفيذية وكونه مشمولاً بالنفاد المعجل إلا في حالات محددة بالمادتين 937 و 938 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

لكن قانون اجراءات المدنية وادارية ترك غموضا حول مدى قابلية الاوامر الصادرة بخصوص الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية للاستئناف ومصدر هذا الغموض نابع من أنه في حالات اخرى نص صراحة على قابلية للطعن مثل في حالة التسبيق المالي، وبما أن هذا القانون نص على أجل الفصل في الدعوى في المادة الموالية فإن ذلك يعني قابلية هذه الأوامر للاستئناف وفقا للقواعد العامة⁽²⁾.

2-المعارضة: وهي وسيلة طعن عادية ترفع من الخصم المتغيب تهدف إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، وأنه من خلالها يتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالنفاد المعجل⁽³⁾ وتختص بالنظر في المعارضة نفس الجهة التي أصدرت القرار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي حسب الأشكال المقررة لعريضة إفتتاح الدعوى مع إرفاق هذه العريضة بنسخة من الحكم المطعون تحت طائلة عدم القبول شكلا.

1-المادتين 901 و 902 من القانون 08-09 ، المرجع السابق .

2-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، المرجع السابق، ص 144، ص 145.

3-المادة 328 ،المرجع نفسه.

ويترتب على المعارضة وفق التنفيذ في المادة الإدارية ما لم ينص على خلاف ذلك⁽¹⁾، وعليه فإنه إذا صدر حكم غيابي في صفقة عمومية فإنه للخصم المتغيب أن يطعن فيه بالمعارضة ويتعرض هذا الحكم لوقف التنفيذ، لكن المعارضة تبقى طريق مستبعد في الدعاوى الاستعجالية الإدارية بنص المادة 936 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنها لا تتلائم مع إجراءات الاستعجال كما ذهب إليه « P.PONALET » إضافة إلى أن الحكمة من منع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الإدارية وهي الإسراع في استقرار الأوضاع التي ترتبها الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة فضلا عن زجر الخصوم عند غيابهم الذي يعوق نظر القضايا الاستعجالية أي أنه لا يمكن الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر بوقف تنفيذ قرارا غيابي باستبعاد صاحب عطاء في الصفقة العمومية.

ب- طرق الطعن الغير العادية: وتنقسم إلى الطعن بالنقص واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

1-النقص: وهو طريق من طرق الطعن غير العادية مفتوح للأطراف وفي بعض الحالات للنيابة العامة، ويرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم طبقت النصوص والمبادئ القانوني بصورة سلمية وتكون قابلة للطعن بالنقص الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادر في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو أي دفع عارض آخر⁽²⁾.

ولا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلى مع الأحكام الأخرى والقرارات الفاصلة في الموضوع.

1-المادة 955 ،من القانون رقم 08-09 ، المرجع السابق

2-المادتين 348 و 349 ، المرجع نفسه.

ويختص مجلس الدولة بالنقص ويتحدد أجله بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويقوم رئيس مجلس الدولة بتوزيع هذا الطعن المعروف أمام مجلس الدولة على الغرف.

ولقد اكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الطعن بالنقض لا يبنى إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المحددة بالمادة 358 منه والتي أحالت المادة 959 منه إلى تطبيقها في المواد الإدارية.

ومن بين هذه الأوجه مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، عدم الاختصاص تجاوز السلطة مخالفة القانون الداخلي أو الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، مخالفة الاتفاقية الدولية انعدام التسبب القانوني أو قصوره.....الخ⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى ان الطعن بالنقض كالطعن بالاستئناف ليس له أثر موقف وبما أن اختصاصات مجلس الدولة كقاضي نقض هي اختصاصات حصرية منصوص عليها قانونا.....فإن مجلس الدولة ليس جهة نقض فيما يخص الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة⁽²⁾.

2-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة: يعد هذا النوع من الطعن وسيلة طعن عادية جعلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص عام يقضي بأن لكل ذي مصلحة ولو لم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، لأن هذا الطعن يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع ومن خلاله يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويبقى أجل الطعن قائماً لمدة 15 سنة تسرى من تاريخ صدور الحكم أو القرار او الامر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين إذا بلغ الغير

1-المواد 356 و 358 المرجع نفسه.

2-بلعيد رشيد، المرجع سابق، ص 229.

رسمياً ويسرى هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الاجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة⁽¹⁾.

وللتذكير فإن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يرفع وفق الأشكال المقررة لرفع الدعوى وبنفس إجراءات التحقيق، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، كما أنه يجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة مع ضرورة إرفاق الاعتراض بوصل يثبت إيداع المبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المحددة في المادة 338 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما أنه يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه كما هو مقرر باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أحد النتيجتين التاليتين:

أ- قبول الاعتراض: أي تلغى أو تعدل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه من قبل الغير والضارة به فقط، ويحتفظ الحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بأثاره إزاء الخصوم الأصليين حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطله ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة.

ب- رفض الاعتراض: وهنا يحكم القاضي بغرامة مدنية على المعترض من 10 آلاف دج إلى 20 ألف دج دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصومة وضمانا للحقوق فقد قرر قانون الإجراءات المدنية والإدارية جواز الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الصادر في اعتراض الغير عن الخصومة بنفس طرق الطعن المقررة للأحكام⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكننا التوصل إلى أن دور القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية باعتبارها نشاطا إداريا، يحمل العديد من الضمانات التي تحمي حقوق المتعهدين والمتعاقدين من تقسيمات المصالح المتعاقدة، خاصة وأن رفع دعوى القضاء

1-المادة 384 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق .

2-المواد من 386 إلى 389 المرجع نفسه .

الكامل تجعل المدعى ليس مجرد طاعن، لأن القاضي الإداري له سلطات واسعة، لا تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة فحسب، وإنما تمتد إلى التعديل واحلال غيرها محلها والحكم بالتعويض، وهذا يدل على أن القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري وليس قاضي الإدارة، نظرا لتمتع الحكم القاضي بالحجية، وتمتع القاضي بسلطة فرض غرامات تهديدية على الإدارة، لأجل تنفيذه.

وما يمكن قوله على إجراء رفع الدعوى بخصوص منازعات الصفقات العمومية هو غياب إجراءات خاصة بها، لأنها تطابق ما هو معمول به في المواد المدنية أو الإدارية بصفة عامة.

كما تتميز الإجراءات امام القضاء الإداري بطول مدتها، وهذا يطيل المنازعة وبطيل مدة الفصل فيها، وبالتالي فإن صدور الحكم لا يأتي إلا بصعوبة، تجعل القاضي الإداري لا يحقق العدالة إلا بصفة متأخرة.

المبحث الثاني:

قضاء الاستعجال في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن الغاية من دراسة القضاء الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية هو إعطاء المميزات التي تتفرد بها الدعوى الاستعجالية في مجال منازعات الص. الع عن غيرها من الدعاوي، سواء ما تعلق منها بالدعوى الإدارية الموضوعية في مجال منازعات الصفقات العمومية والذي يعتبر موضوع دراستنا استمرارا لها، أو ما تعلق منها بالدعاوى الاستعجالية في ميدان القضاء الإداري الأخرى، ومن ثم فإنه لا يكون الحديث عن الشروط الواجب توفرها في جميع الدعاوى كالصفة والمصلحة والأهلية وأن تقدم بعريضة مكتوبة والتي تنظيها القواعد العامة في الإجراءات، والتي لا تختلف عنه بشيء الدعوى الاستعجالية في مجال منازعات الصفة العمومية إلا ما يستوجب الوقوف عنده منها.

إن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للقضاء الاستعجال سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، وإنما كانت هناك إشارات إلى بعض خصائصه ومميزاته، إذا نصت الإشارة في المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ان قضاء الاستعجال تتخذ في إطاره تدابير مؤقتة، لا تمس بأصل الحق وأن يتم الفصل في منازعاته في أقرب الآجال وقد عرفه الفقه على "أنه إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف في الغالب الفرد اتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها".

وابتداء من المادة 917 يخلص إلى أن هناك نوعين من الاستعجال الإداري:

الاستعجال بالطبيعة: ويتمثل في المنازعات التي تؤول إلى قضاء الاستعجال الإداري بالنظر إلى مدى توفر شروط الاستعجال وأركانه فيها.

الاستعجال القانوني: ويتمثل في المنازعات التي أسندها المشرع للقضاء الاستعجالي الإداري بنص القانون، ولا ينظر إلى مدى توفر شروط الاستعجال.⁽¹⁾

ومن ثم فالإشكالية التي تثور في هذا المقام تكمن في تحديد نوع القضاء الاستعجال الذي تخضع له منازعات الصفقات العمومية ما إذا كان الاستعجال بالطبيعة أم الاستعجال القانوني وتحديد صنف منازعات الص الح التي تتدرج تحت كل نوع والخصوصية التي يتميز بها الاستعجال في منازعات الص، الع عن غيره، وأن حل تلك الإشكالية يكون على ضوء ما يلي:

المطلب الأول:

الاستعجال بالطبيعة في مجال منازعات الصفقة العمومية

إن الاستعجال بالطبيعة هو ذلك الاستعجال الذي تكون منازعته ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها، تتطلب حولا

¹ - المادة 917 من قانون رقم 08-09 ، المرجع السابق .

استعجالية تتمثل في اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتل التأخير، أو تدعو إليها الضرورة لدفع الخطر محقق، أو يترتب عليها وضعية يتعذر تدارك نتائجها⁽¹⁾، فهذه الإجراءات السريعة والتدابير المؤقتة لا تكون من اختصاص قاضي الموضوع وإنما تؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال، وذلك قبل الفصل في أصل الحق أو قبل اللجوء إلى قضاء الموضوع للبت فيه، فالمنازعة تدخل في نطاق قضاء الاستعجال كلما توفرت فيها شروط معينة.

الفرع الأول:

شروط الاستعجال بالطبيعة

إن الشروط الواجب توافرها في منازعات الصفقة العمومية بصفة خاصة و منازعات القضاء الإداري بصفة عامة، حتى تدخل في نطاق اختصاص قضاء الاستعجال بالطبيعة تتمثل في ثلاثة شروط هي على التوالي:

أولاً: توفر حالة الاستعجال :

إن شرط حالة الاستعجال أشارت إليها المواد من 920،921،924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون ان تعطى تعريفا لها، ودون ان توضح الحالات التي يتوفر فيها طرف الاستعجال، بل تركت ذلك للسلطة التقديرية للقضاء الاستعجالي الذي يستكشفها من خلال ظروف ووقائع منازعة تعرض عليه، فهو مبدأ مرن غير محدد يقدر في وصفة للموافقة والظروف التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمع.

مبدئياً يمكن القول بأن حالة الاستعجال هي الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه عنه بسرعة، لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدده، إذا فحالة الاستعجال تتعلق بنزاع لا يحصل الفصل فيه بالبطء المألوف في تقاضي الموضوع، كأن يتعلق بواقعه سرعان ما تتغير معالمها، او خطر وشيك الوقوع يصعب جبره ويستحيل إصلاحه عند حدوثه، أو فوات فرصة لا يمكن تداركها حماية

1- شيهوب مسعود، المرجع السابق، ص 133.

للحقوق الظاهرة والحريات الأساسية المنتهكة، كإثبات حالة مادية قد تتغير أو تزول مع الزمن، أو المحافظة على أصول متنازع عليها تتأثر حقوق أصحابها من استمرار تركها في يد الحائز الفعلي لها....ويلاحظ أن حالة الاستعجال تنشأ من طبيعة الحق⁽¹⁾، المطلوب صيانتها ومن الظروف المحيطة به، فلا يمكن أن تكون من فعل الخصوم ولا بناء على الاتفاق السابق للأطراف، فلا يتوفر عنصر الاستعجال بمجرد رغبة الأطراف على الحصول على حكم سريع.

وإن حالة الاستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء الاستعجال بالطبيعة، إذ يعتبر القاسم المشترك بين القضاء الاستعجال الإداري والقضاء الاستعجال العادي، وأن هذا الشرط من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته، وعلى الهيئة القضائية المختصة إثارته من تلقاء نفسها، وتبين حكمها على هذا العنصر، وفي حالة انعدامه يتم رفض الطلب طبقاً للمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يتم التصريح هذه الاختصاص النوعي برغم من أن انعدام حالة الاستعجال هذه تجعل من قضاة الموضوع هم المختصين بالفصل في المنازعة.

ثانياً: عدم المساس بأصل الحق

يشترط في قضاء الاستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوعي النزاع، وإنما يقضي بتدابير وقائية أو إجراءات وقتية، ولا يعتبر حسماً للحق المتنازع عليه في الموضوع وقد أشارت المادة 918 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽²⁾ على هذا الشرط بصريح العبارة "..... لا ينظر في أصل الحق...." وهو الشرط الذي كان ق إ المدنية السابق ينص عليه صراحة في المادة 171 مكرر منه.

فالقضاء الاستعجال بالطبيعة ليس له بأي حال من الأحوال أن يفصل في أصل الحقوق، والالتزامات مهما أحاط بها من حالة الاستعجال، أو ترتيب على إمناعه عن

1-كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 127.

2-المادة 918 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق.

البث فيها من ضرر للخصوم بل يجب تركها لقضاء الموضوع المختصين وحدهم للفصل فيها، كالدعوى الرامية إلى طلب التعويض والحقوق المالية المترتبة على التزامات الصفقات العمومية.....إلخ، وإذا تعلقت الطلبات الواردة في دعوى الاستعجال بالطبيعة إلى أصل الحق "حكم القاضي الاستعجالي بعدم الاختصاص لأن النزاع الخاص بموضوع الحق من إختصاص قاضي الموضوع، هذا المستقر عليه في فقه المرافعات ولكن التطبيق الحرفي للمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤدي إلى الحكم برفض الطلب⁽¹⁾.

ثالثا: عدم المساس بالنظام العام

إن هذا الشرط خاص بالقضاء الاستعجال الإداري بالطبيعة دون القضاء الاستعجال العادي، ودون الخوض في فكرة النظام العام باعتبارها فكرة مرنة وواسعة، تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لأي دولة من الدول، كما أن مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الموضوع، إذ أن النظام العام في مجال الضبط الإداري ليس مفهومه في مجال إجراءات التقاضي وهكذا.

والشيء المهم في هذا المقام هو أن قاضي الاستعجال الإداري عليه التحقق قبل الفصل باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة بالنظام العام والأمن العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثير بإدعاءات الأطراف ودفوعهم بما في ذلك الإدارة.

وإن شرط عدم المساس بالنظام العام كان منصوص عليه ضمن المادة 171 مكرر الفقرة 3 من ق الإجراءات المدنية، إلا أنه ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المشرع لم يروده ضمن شروط الاستعجال ولم ينص عليه صراحة إلا أنه تمت الإشارة إليه في المادة 932 منه⁽²⁾ عندما خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذا يجوز لهيئة

1- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 151.

2- المادة 932 من القانون رقم 08-09 المرجع السابق .

القضاء الاستعجال أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافا لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها، تطبيقا للمادة 843 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وإن 932 جاءت كاستثناء لها.

هذا عن الشروط الثلاثة للاستعجال بالطبيعة، ومن ثم فإن كل منازعة من منازعات الص. الع إذا توافرت فيها تلك الشروط مجتمعة تكون من اختصاص القضاء الاستعجال بالطبيعة وفقا للقواعد العامة للاستعجال المقررة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مهما كانت تضيف نوع المنازعة، إذا ما كانت في مرحلة إبرام الص العمومية أو كانت في مرحلة تنفيذها، وإن كان هذا النوع من الاستعجال يتعلق أساسا بمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، باعتبار أن الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقة العمومية قد خصه المشرع بمرحلة الإبرام.⁽¹⁾

الفرع الثاني:

مميزات الاستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن الاستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتميز عن غيره سواء ما تعلق بالاستعجال في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق، أو عن قضاء الموضوع، أو عن الاستعجال القانوني حسب كل حالة بالأوجه التالية:

أولا: حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة

إن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة تكون له حجية مؤقتة ينتهي أثره عند الفصل في دعوى الموضوع، ولا يجوز قوة الشيء المقضي فيه، كونه ذو طابع وقائي ووقتي.

ويترتب عن هذه الخاصية أنه يجوز لقاضي الاستعجال الرجوع فيه كلما ظهرت مقتضيات جديدة بطلب من كل ذي مصلحة طبقا لما كرست ذلك المادة 922 من قانون

¹ - كلوفي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 114 .

الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ وأن قاض الموضوع الناظر في أصل الحق غير ملزم بالتقيد به، فهو بهذا يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع، كما يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني، كما يتميز الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي بأنه معجل النفاذ، وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل.

أما عن طرق الطعن فيخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.

ثانياً: قضاء الاستعجال بالطبيعة يندرج ضمن الاختصاص النوعي

إن الاستعجال بالطبيعة الذي يشترك لانعقاده توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وعدم المساس بالنظام العام هو من قبيل الاختصاص النوعي⁽³⁾ بين قاضي الموضوع وقاضي الأمور المستعجلة، وباعتبار أن الاختصاص النوعي من النظام العام فإن تلك الشروط الثلاثة تكون بدورها متعلقة بالنظام العام ومن ثم يجوز للأطراف الدفع بعدم الاختصاص إذا تخلف أي شرط من الشروط، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز لقاضي الاستعجال أن يثيرها من تلقاء نفسه، وليس للخصوم أم يتفقوا على مخالفتها ويكون منطوق الحكم عند تخلف أي شرط من الشروط التصريح بعدم الاختصاص النوعي وهذا متفق عليه في فقه المرافقات، وكان الأمر كذلك في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق، غير أن الأمر تغير شيئاً ما بصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك إذا ظهر للتشكيكة الجالسة للنظر في القضايا الاستعجالية أن شروط الاستعجال غير متوفرة، فإنها لا تحكم بعدم الاختصاص النوعي كما كان سابقاً على اعتبار أن الاختصاص يعود لقضاء الموضوع، بل عليها وفقاً لقانوننا الإجراءات المدنية

1 - المادة 922 من قانون رقم 08 - 09 ، المرجع السابق .

2- المواد 936، 937، 938 من قانون 08-09، المرجع السابق.

3-راتب محمد علي، كامل محمد نصر الدين، وراتب محمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، مصر،

دون تاريخ النشر، ص 6 و 7.

والادارية أن تحكم "برفض الطلب" وأن رفض الطلب هو حكم في الموضوع كما تعرف لا يصدر إلا عن قاضي الموضوع وأن الحكم بعدم الاختصاص لا يكون إلا في حالة واحدة.

وهي الحالة التي تكون الدعوى الإستعجالية من اختصاص القضاء العادي⁽¹⁾ ولقد نصت المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصراحة إن مسلك المشرع هنا غير مبرر ولا يخلو من تناقضات، ويخالف المفاهيم القانونية المعروفة في فقه المرافعات ومن شأنه ان يهدم أصلا نظرية قضاء الاستعجال ويقضي على خصوصياتها، ويكاد يفتح الأمر في هذه الحالة كفارق بين قضاء الاستعجال وقضاء الموضوع على تقليص الإجراءات والمهل لا غير.

ثالثا: التشكيلة الفاصلة في الاستعجال الإداري بالطبيعة

إن ما يميز قضاء الاستعجال الإداري عن قضاء الاستعجال العادي وعن قضاء الاستعجال الإداري الذي كان سائدا في ظل قانون الإجراءات المدنية هو أن المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل التشكيلة القضائية التي تفصل في مادة الاستعجال الإداري تشكيلة جماعية وهي تلك المنوط لها الفصل في دعوى الموضوع هذا ما كرسته المادة 917 منه.

إن تبني المشرع الجزائري التشكيلة الجماعية كانت لاستعادة قاضي الاستعجال اختصاص المر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بعدما استقر الاجتهاد القضائي على منح الاختصاص إلى قاض الموضوع بناء على تفسير مجلس الدولة للمادة 170 فقرة 11 من قانون الإجراءات المدنية، وإن كان ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية بهذا الشأن أكثر موضوعية وفعالية لنوع معين من المنازعات باعتبار أن القضاة الذين يفضلون في الدعوى الاستعجالية هم الذين يفصلون في دعوى الموضوع بالتشكيلة القضائية إلا أن هذا لا يشترط في نوع آخر من الدعاوى الاستعجالية والذي يكفي للفصل

1-مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 132.

فيها قاضي الفرد، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بالتشكيلة الفردية قضاء الاستعجال الإداري مكلفا بها رئيس المحكمة أو أي قاض منتدب لذلك⁽¹⁾. هذا عن الاستعجال بالطبيعة والذي يعتبر مجالا خصبا لمنازعات الصفقات العمومية كلما توفرت فيه شروطه، فماذا عن الاستعجال القانوني في مجال الصفقات العمومية؟

المطلب الثاني:

الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن الاستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية، وقد أفردتها المشرع بنص مادتين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾. فهذا النوع من منازعات الصفقات يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون ولو لم تتوفر فيه شروط الاستعجال من حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق أن قاض الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر إلى مدى توفر عنصر الاستعجال من عدمه كما أنه يتصدى للموضوع ويفصل في أصل الحق.

الفرع الأول:

منازعات الصفقات في نطاق الاستعجال القانوني

يتم التطرق في هذا الفرع إلى اصناف منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق قضاء الاستعجال القانوني، ثم محاولة معرفة الغاية من إدراج هذا الصنف من المنازعات ضمن قضاء الاستعجال، ثم نتطرق إلى بيان بعض التناقض الذي احتوته فقرات نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

1-RICHER Laurent, Doit des controts administratif, 9^{em} edition, L.G.D.J paris, 2006, p 169, 170.

2-المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

أولاً: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني

إن المشرع الجزائري قد خص نوعاً معيناً من منازعات الص. الع وأدرجه ضمن قضاء الاستعجال بنص القانون، وهذا النوع من المنازعات يقر من نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نجدتها تنص في فقرتها الأولى: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية"⁽¹⁾.

إذا فالفقرة الأولى قد حددت صنف منازعات الصفقة العمومية التي تدخل في اختصاص قضاء الاستعجال بقوة القانون، والتي تتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بسبب إخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة، وأن ما يؤكد هذا كذلك الفقرة الثالثة من نفس المادة التي نجدتها تنص على: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد" وأن المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تكون بعد إبرام عقد الصفقة العمومية.

إن الإجراءات التي تتبع في مرحلة الإبرام والتي تتمثل في الكيفية التي يتم على ضوءها إبرام الصفقة العمومية أو تأهيل المترشحين، أو الإقصاء من المشاركة أو اختيار المتعامل المتعاقد، فإن كل ذلك له علاقة بإجراءات الإشهار أو المنافسة وذلك تقيداً باحترام مبادئ الحرية والمساواة والشفافية (حرية الوصول للطلبات العمومية، مساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات) ومن أجل هذا وضع تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾ لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

إن المصلحة المتعاقدة وهي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام للصفقة العمومية، فإن تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية، إذ كل إجراء تقوم به تجسده ضمن قرار إداري معين، وأن هذه القرارات الإدارية التي تجسد إجراءات الإبرام تلك، تتمثل أساساً في قرارات

1- المادة 946 الفقرة أولى من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

2- مرسوم رئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.

الإعلان عن الصفقة العمومية، قرارات المنح المؤقت، قرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية، وقرارات إلغاء الصفقة العمومية التي تتخذ قبل إبرامها وقرار إبرام الصفقة العمومية في حد ذاته، فكل تلك القرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة العمومية ولكنها غير مرتبطة به، فهي تعد قرارات إدارية منفصلة.

ومن ثم فإن منازعات الصفقة العمومية التي تنشأ في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة فإنها تتم أساساً عبر الطعن في إحدى تلك القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة.

وحسب الفقرة 2 من نفس المادة 946 التي تنص على "يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"⁽¹⁾.

ويظهر من هذه الفقرة أن المشرع قد خول لكل ذي مصلحة في إبرام الصفقة العمومية أو أي متضرر من أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بالإبرام، أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي ويطعن فيه، وأن صاحب المصلحة أو المتضرر هنا يتمثل في الغير (غير المتعامل المتعاقد) لأن المنازعة يمكن أن تنشأ قبل إبرام عقد الصفقة العمومية وهنا المتعامل المتعاقد لم يتم التعرف عليه بعد، وإن كانت المنازعة قد نشأت بعد إبرام عقد الصفقة العمومية فإن المتعامل المتعاقد يجب أن تتوفر فيه المصلحة والصفة ولا يكون الاكتفاء بالمصلحة فقط، كما نصت على ذلك المادة أي أن يكون طوفاً في العقد من جهة وأن يكون قد تضرر من الإجراءات من جهة أخرى، أما الغير فيكفي تتوفر فيه المصلحة حتى ولو لم يكن طرفاً في العقد، إذ أن المصلحة في دعوى الإلغاء تتوفر بمجرد أن يمس القرار الإداري بمركز قانوني أو فائدة، فهذه خاصة تتعلق بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، وإن هذا الغير (غير المتعامل المتعاقد) ليس أمامه للطعن في القرارات

1-كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 136 ص 137.

الصادرة عن المصلحة المتعاقدة إلا سبيل دعوى الإلغاء كون لا يمكن له أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل لانعدام أي حق شخصي بهذه الصورة وأنه ينازع أساساً في حق عيني يتمثل في القرار الإداري.

ومن هنا نخلص إلى القول وانطلاقاً من الفقرات الثلاث الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن منازعات الصفقات العمومية التي تنشأ في مرحلة الإبرام دون المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال القانوني، هذه المرحلة التي تتميز بإصدار القرارات الإدارية المنفصلة والتي يتم الطعن فيها بموجب دعوى الإلغاء باعتبارها أن المشرع قد خول لكل ذي مصلحة في ذلك وأن موضوع دعوى الإلغاء يتمثل في تحديد مدى مشروعية القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام وذلك بمدى احترام إجراءات الشهر أو إجراءات المنافسة ومن ثم مدى تقييد المصلحة المتعاقدة بمبادئ الحرية، المساواة، التنافسية، إذا فالقاضي الاستعجالي يفصل في أصل الحق عن طريق دعوى الإلغاء في منازعات الص الع الاستعجال.⁽¹⁾

ثانياً: الهدف من إدراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الاستعجال القانوني

إن منازعات الصفقات العمومية التي خصها المشرع بالقضاء الاستعجالي القانوني هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام على أن يتم الفصل فيها بسرعة، وذلك لاعتبارات أهمها المحافظة على المال العام وعلى الوقت وعلى أهمية موضوع مشروع الصفة العمومية.

ذلك أنه في عالم الأعمال فإن الوقت هو المال وفقاً للمثل الانجليزي، لكن عند المسلم الوقت هو الحياة والحياة أثن المال وهنا تمت مقارنة الوقت بما هو أهم، لأن هناك الكثير من المشاريع ذات النفع العام تم إتباع إجراءات إبرامها في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق، فقدت أهميتها الاقتصادية، وزادت تكاليفها المالية، بسبب

1-كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 138.

توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام أمام قاضي الموضوع، أي وفقا للإجراءات العادية التي يبس لها طابع استعجالي، ومن ثم فلا بد أن تشرف المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانون حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد، مما جعل موضوع الصفقة يفقد أهميته وزالت الغاية من إيجادها، وزادت قيمته المالية، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى استدراك ذلك في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فخص منازعات الصفقة العمومية بإجراءات الاستعجال القانوني، وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز المشروع ضمن آجاله تحقيقا للنفع العام، ولمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ التزاماته ولا يبقى في الانتظار، وكذلك لمصلحة الغير القائم بالطعن حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال، وذلك بالفصل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسرعة، مقتديا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي سبقه بتنظيم هذا النوع من المنازعات ومقتبسا من نصوصه.⁽¹⁾

ثالثا: نقد نصوص الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 946 من قانون اجراءات المدنية والإدارية تنصان على أنه "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه، ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسرى من تاريخ انقضاء الأجل المحدد".

فهاتان الفقرتان من نص المادة تحددان الصلاحيات الممنوحة لهيئة القضاء في إطار الاستعجال القانوني والتي تتمثل أساسا في توجيه الأمر بالالتزام، وتوقيع الغرامة التهديدية بالإضافة إلى إمكانية الأمر بتأجيل إمضاء عقد الصفقة، وهي صلاحيات واسعة ومعتبرة تتناسب وأهمية المسألة، إلا أن هذا يتناقض مع مبادئ القضاء الإداري،

1-RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, op cit, p 168, 169.

ذلك أن الفقرتين تخولان لهيئة القضاء الاستعجالي بتوجيه التزام للإدارة "المصلحة المتعاقدة" نتيجة إخلالها بإجراء الإشهار أو المنافسة في عملية إبرام الصفقة العمومية. وأن إلزام الإدارة يخرج عن صلاحيات قضاء الإلغاء الذي يبحث في مدى المشروعية ما يجعل سلطته مقيدة وتقتصر على إلغاء القرار الإداري أو تعديله فقط دون توجيه أي التزام، وإن توجيه الالتزام من صلاحيات القضاء الكامل أساسيا. مما نستنتج بأن المشرع الجزائري لم يحدد المنهاج الذي يتبعه، إذا ما كان يتبع المنهاج التركيبي ومن ثم يجعل العقد كتلة واحدة غير قابلة للتجزئة، ولا يجوز الطعن فيه إلا عن طريق دعوى القضاء الكامل، ومن طرف المتعامل المتعاقد فقط مهما كانت طبيعة المنازعة، في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ، وأن الغير (غير المتعامل المتعاقد) لا يجوز له أن يمارس أي نوع من أنواع الطعون في العقد، وإما أن يتبع المنهاج التحليلي القائم على أساس تجزئة العقد رهن ثم فهو يخول الطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء بشأن القرارات الإدارية المنفصلة، كما يجيز الطعن عن طريق دعوى القضاء الكامل بالنسبة للمنازعات المرتبطة ببند العقد، وأن الطعن مخول للمتعامل المتعاقد كما هو مخول للغير.

إلا أن المشرع الجزائري وضمن المادة 946 من قانون اجراءات مدنية وادارية فقد جمع من المنهاجين إذ نجده قد خول للغير بالطعن في العقد وهذه خاصية ينفرد بها المنهاج التحليلي، كما أنه قسم العقد بإفراده لمرحلة الإبرام وحدها بالاستعجال مما يجعله قد أخذ بالمنهاج التحليلي، ومن جهة أخرى نجده قد خول للقضاء الاستعجالي بأن يوجه التزام للإدارة "المصلحة المتعاقدة" عند الطعن في القرارات المنفصلة، والالتزام لا يكون إلا عن طريق دعوى القضاء الكامل وهذا من أهم خصائص المنهاج التركيبي، الشيء الذي

لا ينجم ومبادئ القضاء الإداري ومن ثن كان المشرع أن يحدد طبيعة المناهج الذي يتبعه فإما أن يتم إتباع المناهج التركيبي ولا يصلح أن يتم الجمع بينهما⁽¹⁾.

الفرع الثاني:

مميزات الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

بعد معرفة منازعات الصفقات التي أدرجها المشرع ضمن إجراءات الاستعجال القانوني، فإنه من الواجب بيان الخصائص التي تميز بها هذا الاستعجال عن غيره خاصة ما يتميز به عن الاستعجال بالطبيعة وإن أهم ما يتميز به الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية ما يلي:

أولاً: حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

إن الحكم الذي يصدر عن قضاء الاستعجال القانوني، والذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام، هو حكم قطعي، فاصل في أصل الحق، ومن ثم فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الإداري (قضاء الموضوع) ويجوز حجية الشيء المقضي فيه، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة، وهذا ما أكدته المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإذا تضمن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني إلغاء قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة، فإن هذا الحكم يأخذ بالإضافة إلى ذلك حجية الحكم بالإلغاء الذي له الحجية العامة والمطلقة في مواجهة كافة وجميع السلطات العامة في الدولة كما أن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال

1-كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 140، ص 141.

القانوني يحمل نفس خصائص الحكم الاستعجالي فهو ماثول بالنفاد المعجل، وغير قابل للمعارضة، ولا الإعتراض على النفاد المعجل⁽¹⁾.

أما عن طريق الطعن وإن كان المشرع لم يفرد بإجراءات خاصة ومن ثم فهو يخضع لقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية ضمن قانون اجراءات مدنية وادارية⁽²⁾ دون الخوض في تفاصيلها وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي الإداري لمنازعات الصفقات العمومية في هذا النطاق بكونها أحكاما تصدر ابتداءيا ونهائيا.

ثانيا: آجال الفصل المقررة لمنازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني

إن المشرع قد حدد آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية ضمن قضاء الاستعجال القانوني بعشرين يوما من تاريخ إخطاره بلعريضة الافتتاحية، وذلك ضمن المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: " المحكمة الإدارية في أجل عشرين يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه" وهي المدة نفسها التي أخذ بها المشرع الفرنسي.

وإن مدة عشرون يوما للفصل في المنازعة مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية، ولصالح المتعامل المتعاقد، ولصالح الغير، حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم، كل فيما يخصه، إلا أن المشرع لم يربط أي جزء إجرائي على تجاوز هذه المدة في الفصل، إلا أن هذه المدة جد قصيرة لا تتفق وأهمية المنازعة وتطوراتها كما أن مدة الفصل في حقيقة الأمر تخضع للسلطة التقديرية لهيئة القضاء الناظرة في المنازعة وتدخل في صميم صلاحياتها، باعتبار أن كل منازعة تختلف عن غيرها ولكل منازعة وقت خاص بها، وذلك بالنظر إلى موضوع المنازعة وما تتضمنه من وثائق وما تحتاجه من دراسة ومناقشة للدفع المشاركة، لأن الفصل هنا يكون في أصل

1-المادة 303 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

2-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 145.

الحق وبالنظر كذلك إلى حجم الملفات الملقاة على كاهل هيئة القضاء، إن المشرع الجزائري غير معتاد على تحديد مدة الفصل في المنازعات القضائية وكان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال إلا أنه ضمنت قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجاه قد حدد مدة الفصل في نوع معين من الدعاوي كما هو عليه الحال في هذا المقام.

ثالثا: إجراء تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية

إن المشرع قد خول لجهة القضاء الاستعجالي وهي تنظر منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن مرحلة الإبرام أن تأمر بتأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية، إذا أخطرت بذلك لمدة لا تتجاوز 20 يوما وفقا لما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 946 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾ وهي من الصلاحيات المتميزة الممنوحة للجهة القضائية الاستعجالية.

بداية يلاحظ أن مدة تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هي نفسها المدة المقررة للفصل في أصل المنازعة أمام قضاء الاستعجال القانوني، وإن إجراء تأجيل إبرام عقد الصفقة إلى غاية الفصل في أصل المنازعة يؤخذ بالدراسة من زاويتين. الزاوية الأولى: بالنظر إلى الغاية من منح سلطة تأجيل إمضاء العقد. الزاوية الثانية: مقارنة إجراء تأجيل إمضاء العقد مع إجراءات وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه، وذلك على النحو التالي:

1- إن غاية المشرع من وضع إجراءات الاستعجال الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية والمتمثلة أساسا في تقصير آجال الفصل، وجواز الطعن قبل إبرام عقد الصفقة العمومية وتخويل لهيئة القضاء سلطة تأجيل إمضاء العقد، هو لتفادي وضعية يصعب تداركها، ذلك أنه إذا ثبت نزاع للمطالبة بإلغاء إحدى القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، وبالمقابل تكون عملية إبرام الصفقة العمومية قد دخلت حيز التنفيذ، وهذا بعد ذلك حكم بالإلغاء فما مصير عقد الصفقة العمومية؟ هل يتم

1- المادة 946 الفقرة الأخيرة من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

التوقف عن تنفيذها بمجرد صدور هذا الحكم بصفة تلقائية لتأثيره المباشر وحجبه المطلقة أم أنه يتم الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية إلى غاية تمسك من له مصلحة بهذا الحكم والطعن في عقد الصفقة العمومية، أم أن الحكم بالإلغاء هو مجرد حكم نظري فصل في مدى مشروعية القرار الإداري وليس له تأثير عملي وأن من هدر لمصلحته ليس له سوى المطالبة بالتعويض؟

ولتجنب هذه الوضعية المتشابكة، ولتحقيق المصلحة العامة لمشروع الصفقة العمومية ولحماية المال العام، وما مبدأ المساواة وتمكين الاختيار الأفضل للمتعامل المتعاقد قام المشرع الجزائري بوضع إجراءات الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية، ومنح لهيئة القضاء الاستعجالي سلطة تأجيل إبرام عقد الصفقة العمومية إلى غاية الفصل في الطعن، بأجال قصيرة، كما خول الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة قبل إبرام الصفقة العمومية.

2- أما المسألة الثانية التي تثيرها إجراء تأجيل عملية إبرام عقد الصفقة العمومية هو ما مدى إمكانية رفع دعوى وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه؟ ذلك أنه كما هو مقرر قانونا أن القرار الإداري ماثول بالنفاد المعجل، فهو بمجرد صدوره قابل للتنفيذ رغم الطعن فيه أمام القضاء وفقا لما أشارت إلى ذلك المادة 833 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإن المشرع أجاز عن الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أن يتم رفع دعوى متزامنة معه للمطالبة بوقف تنفيذ ذلك القرار المطعون فيه إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء وهذا ما كرسه المادة 02/833 والمادة 834 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام هو هل أن الطعن بالإلغاء في قرار إدارة صادر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أمام القضاء الاستعجالي

يخول رفع دعوى متزامنة معه لوقف تنفيذ ذلك القرار إلى غاية الفصل في الطعن بالإلغاء وفقاً للقواعد المقررة قانوناً بالمادتين 833 و 834 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁽¹⁾

إن دعوى وفقاً لتنفيذ القرار الإداري المطعون فيه في هذه الحالة هي بدون فعالية ما دام أن دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن في القرار الإداري المطعون فيه هي دعوى طابع استعجالي سريع بقوة القانون إذ يتم الفصل فيها خلال عشرين يوماً من إيداع العريضة الافتتاحية وهي أسرع في الفصل من دعوى وفق التنفيذ ذاتها المقرر الفصل فيها في أقرب الآجال فقط، كما أن المشرع قد استدلها بإجراء أكثر فعالية وأكثر جدية ويتناسب مع سرعة الفصل في مدى مشروعية القرار المطعون فيه، وهو إجراء تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية، أي توقيف إجراءات الإبرام برمتها وليس وفق تنفيذ قرار إداري يعينه فقط، ولمدة تتناسب وآجال الفصل في دعوى الإلغاء لذلك القرار الإداري⁽²⁾.

إذا فخاصية إجراء تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هو إجراء تتميز به منازعات العقود الإدارية بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة أمام قضاء الإستعجالي القانوني دون سواها من المنازعات بمختلف أنواعها، وهي من الصلاحيات المعتمدة والهامة المخولة لجهات قضاء الاستعجال في هذا المقام.

مما سبق نلخص بأن منازعات الصفقات العمومية التي تؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال القانوني هي المنازعات التي تطرأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية عند الإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة وتكون بممارسة دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة، وذلك لأهمية مرحلة الإبرام وتأثيرها المباشر على العقد وتكوينه.

وأن المشرع قد خص هذه المنازعات في مجال الصفقات العمومية بإجراءات جد متميزة وبصلاحيات واسعة كما تم تبيان ذلك، حماية للمال العام، ومراعاة لمبادئ الحرية

¹ - المادتين 833 و 834 من قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

² - كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص 145، ص 146.

والمساواة و الشفافية ، ومن ثم اختيار أفضل للمتعامل المتعاقد وأن كل ما يخرج عن نطاق منازعات الاستعجال القانوني في مجال الصفقات العمومية فإنه يدخل في نطاق الاستعجال بالطبيعة كلما توفرت شروطه وهذا ينطبق أساسا على منازعات الصفقات العمومية التي تنشأ في مرحلة التنفيذ.

خاتمة

إن المنازعة في مجال الصفقات العمومية تتميز عن غيرها من المنازعات المدنية والإدارية بكثير من الإصلاحات الإجرائية و الموضوعية في التقاضي الخاصة بها والتي تعبر قفزة نوعية ومادية في هذا المجال على ما كانت عليه، وهذا هو الموضوع الذي درسناه وخلصناه فيه إلى النتائج التالية:

-بخصوص اللجوء إلى الطعن الإداري والتحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية فإن الطعن الإداري المسبق له إطار عام يتمثل فيه القواعد العامة كما له مكانة متميزة في تنظيم الصفقات العمومية، وقد كان يتميز بالطابع الإجباري وأنه من النظام العام، غير أنه أصبح جوازياً، سواء تعلق بالمنازعات العائدة لاختصاص المحاكم الإدارية أو تعلق بالمنازعات العائدة للاختصاص مجلس الدولة، ابتداءً أو انتهاءً وسواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء أو فحص المشروعية أو بدعاوى القضاء الكامل.

كما ان اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وديا سيؤدي إلى تحقيق جملة من الإيجابيات كتقليل الوارد من القضايا وإنهاء النزاع في مراحله الأولى لأجل حماية حقوق وحرية المتعاقدين في أقصر وقت وبأقل الجهود والتكاليف وأبسط وأخف الإجراءات وغيرها، وإن مجال الطعن أوسع من مجال الدعوى الإدارية، لن صلاحيات اللجان الصفقات المختصة أوسع من صلاحيات القاضي الإداري في هذا المجال وإن هذا الطعن غير إلزامي من ناحية اللجوء إليه وهو مسلك يستحق الثناء والتشجيع لأنه يجعل العدالة في متناول الأفراد.

إضافة إلى إلزامية القرار الصادر عن اللجان المختصة عند نظرية الطعن على المتعاقدين والمتعهدين، بحيث إذا رتب لهم ضرر يبقى من حقه اللجوء إلى القضاء. غير أن اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وديا من شأنه إحداث المساوىء التالية:

-إن تنظيم الصفقات العمومية لم يوفق في ضبط قواعد اختصاص اللجان المختصة بنظر الطعن من الناحية الجغرافية، لأنه لم ينتبه لطابع المركز او المؤسسة كونه وطنيا بل اولى أهمية بارزة للقيمة المالية.

-كثرة الإجراءات وتعقدها، وهذا يؤدي إلى استفحال جرائم الرشوة والفساد.

-أما بخصوص التحكيم في مجال الصفقات العمومية فقد تمت إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية من خلال المواد 975 و 976 و 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 والتي سمحت صراحة للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، وكذا في علاقتها الاقتصادية الدولية .

ويعد اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وسيلة هامة، ويجب أن تبنى فكرة على أن توسع التحكيم يعني أولاً وأخيراً عدالة خاصة تواجه أشخاص الصفقة العمومية أو على الأقل تقيدها في مجال نشاطها.

كما يضاف اللجوء إلى التحكيم في هذا الخصوص مرونة أكثر لتجاوز الخلافات المالية، المتعلقة بتنفيذ الصفقة، نظراً للمزايا التي يمكن أن يحققها بدل الطريق القضائي، وأن هذا الوضع أصبح يتلاءم مع الانفتاح الاقتصادي العالمي، وإعادة هيكلة اقتصاد الدولة الجزائرية، خاصة وأن التعاقد على الصعيد الدولي صار يسعى إلى اقتصاد القانون الوطني بخصوص المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنه، وبفضل اللجوء إلى التحكيم سواء كان شرطاً انفق عليه في دفتر الشروط أو مشاركة.

رغم هذه المزايا التي يحوزها التحكيم، إلا أنه في الواقع مازال قاصراً بخصوص منازعات الصفقات العمومية، فلا يمكن أن نحكم عليه من الناحية التطبيقية، لأن اللجوء إليه أمر مستحدث، لكن يمكننا أن نسجل بعض الملاحظات السلبية عليه وهي:

-عدم وجود تعريف له في مجال الصفقات العمومية.

-كما أنه إذا تضمن شرط التحكيم بعض الثغرات فإن ذلك سيسمح للطرف المراوغ بالمماطلة.

-بخصوص اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية، فإن المشرع يبقى ذلك من حق المتعامل المتعاقد أو المتعهد كاختيار لأن يلجؤوا إليه، فالقد وضع آليات التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية والتي أخضعها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأهم هاته الآليات التسوية عن طريق القضاء الإداري التي تعتبر الاختصاص الأصيل لمنازعات والتي تخضع للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم مع اعتماد القاضي الإداري على المعيار العضوي لتحديد اختصاصاته.

كما أن مجالات تدخل القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية يكون بموجب دعوتان مرفوعة من طرف المتضرر هما دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل وإن كانت دعوى القضاء الكامل هي الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب عن الصفقات العمومية متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت منازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، أما دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية وتمارس في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة لأن محلها القرارات الإدارية والتي تكون المصلحة المتعاقدة طرفاً فيها فهي إذن مستقلة عنها لكنها تعتبر جزءاً لا يتجزأ من عملية التعاقد .

أما بالنسبة لإجراءات قضاء الاستعجال في مجال منازعات الصفقات العمومية التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنها تعتبر قفزة نوعية هامة في هذا المجال بصفة خاصة وفي مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة، وهي تتعلق بالمنازعة التي تطرأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية كونها تهدف إلى حماية المال بمراعاة مبادئ الحرية والمساواة والشفافية لاختيار أفضل للمتعاقد وقد امتازت بتقليص آجال الفصل في منازعاتها إذ حددت بعشرين يوم، وبمنح صلاحيات واسعة لجهة قضاء الاستعجال النازرة في المنازعة.

كما أثبتت الواقع العملي كثرة اللجوء إلى القضاء لاستعجال في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات كالأمر بتعيين خبير، توقيع تحفظي.. وذلك بالنظر إلى عامل الزمن الذي يعد مؤثراً فيها.

ومع ذلك يمكننا أن نسجل بعض السلبيات بخصوص اللجوء إلى القضاء الإداري والاستعجالي لتسوية منازعات الصفقات العمومية والمتمثلة في:

-إعمال لمعيار العضوي كمعيار وحيد للمنازعة الإدارية تقريبا، لأن هذا المعيار وحده غير كافي لأنه محدود وأن البساطة المقصودة من تبنيه لم تتحقق كليا.

-كون نص المادة 946 قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن إمكانية رفع دعوى استعجالية من طرف الهيئات الوطنية المستقلة في مادة إبرام العقود والصفقات.

وبعد أن حددنا بعضاً من نتائج هذه الدراسة توصلنا إلى الإجابة عن الإشكالية المطروحة في مقدمة الموضوع كما يلي:

رغم اعتبار الطرق الودية من طعن إداري وتحكيم من الوسائل البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية إلا أن النصوص القانونية تسمح باللجوء إلى القضاء في حال فشلها ورغم ما يحوزه طريق القضاء الإداري من ضمانات لطرفي الصفقة إلا أنه لا مجال للمفاضلة بين هذه الطرق بسبب النقائص التي تحتويها، ولهذا فإنه تبقى المصلحة المتعاقدة في وضعية ممتازة عن المتعهد بكل ما طرحناه من نقائص وسلبيات يجعلنا نقترح جملة من التوصيات وهي:

-فرض عقوبات على أعضاء لجان الصفقات المختصة في حالة رفضها للاستجابة للطعن الإداري المرفوع أمامها أو في حالة تكاثف رؤوسها مع رؤوسها عند دفاعهم عن التصرفات الخاطئة.

-إعطاء تعريف للتحكيم في مجال الصفقات العمومية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I الكتب :

- 1- الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة 5، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 2- بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة 1، دار جسور، تبسة، الجزائر، 2007.
- 3 -بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسور، تبسة، الجزائر، 2011
- 4-بن الشيخ أث ملويا حسين، مبادئ لإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002
- 5-بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
- 6-بعلي محمد الصغير ، المحاكم الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
- 7-كلوفي عز الدين، النظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جليطي، الجزائر، 2012.
- 8-لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري والتنظيم الإداري والنشاط الإداري، ط1، دار النشر، الجزائر، 2006.
- 9-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- 10-مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى ، الجزائر، 2010.
- 11-عبد المجيد اسماعيل محمد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الجليل الحقوقية، لبنان، 2003.
- 12-عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009.

13-عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1998

14-راتب محمد علي، كامل محمد نصر الدين وراتب محمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، الجزء الأول، مصر، دون تاريخ النشر.

15-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الإختصاص، ج.2 ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.

16-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009

17-خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2005.

II-الرسائل و المذكرات

1 -بودراع أميرة، شركات مساهمات الدولة بين خصخصة التسيير والخصوصية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009

2- بوعبد الله رضوان ، الرقابة الادارية ، المالية ، التقنية ، القضائية على الصفقات العمومية لنهاية التكوين لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 17 ، 2006 – 2009 ص 47 .

3-بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع المؤسسات السياسية والإدارية جامعة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.

4-عبدلي سهام، دعوى القضاء الكامل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، جامعة أم البواقي، 2008.

5-خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي جامعة قسنطينة، 2012، 2013.

III: المقالات

1-سليمان الطماوي محمد " قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية"مجلة مجلس الدولة المصري، مطبعة خيضر، مصر،دون تاريخ النشر.
2-معدة محمد، "الإثبات في المواد الإدارية" مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، دون تاريخ، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

IV: النصوص القانونية و التنظيمية

1-أمر رقم 66-154 ، مؤرخ في 8 جوان 1966 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 49 ،مؤرخ في 11 جوان 1966. (ملغى)
2-أمر رقم 67-90 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 152 ،مؤرخ في 17 جوان 1967 (ملغى).
3-قانون رقم 88-01 ،مؤرخ في 12 جانفي 1988 ، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، ج ر عدد 2 ،مؤرخ، في 13 جانفي 1988.
4-مرسوم التشريعي رقم 93-09 ، مؤرخ في 25 أبريل 1993 ، المعدل لقانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27 مؤرخ في 27 أبريل 1993. (ملغى)
5-أمر رقم 01-04 ، مؤرخ في 20 أوت 2001 ،يتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47 ،مؤرخ في 22 أوت 2001 ، معدل و متمم .
6-قانون رقم 08-09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 ،مؤرخ في 23 أبريل 2011.
7-مرسوم رئاسي رقم 02-250 ،مؤرخ في 24 جويلية 2002 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 5 ،مؤرخ في 27 جويلية 2002. (ملغى)
8-مرسوم رئاسي رقم 10-236 ،مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية معدل ومتمم، ج ر عدد 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010.

- 9- مرسوم رئاسي رقم 11-98 ، مؤرخ في 11 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10-236، ج ر عدد 12 ، مؤرخ في 16 مارس 2011 .
- 11- مرسوم الرئاسي رقم 12-23 ، مؤرخ 18 أكتوبر 2012 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم ، ج ر عدد 04 ، مؤرخ في 26 جانفي 2012.
- 12- مرسوم الرئاسي رقم 13-03 ، مؤرخ في 13 جانفي 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 02، مؤرخ في 16 جانفي 2013 .
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل 1982 ، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي ، ج ر ، عدد 16 مؤرخ في 13 أبريل 1982 (ملغى).
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 90-02 ، مؤرخ في 06 أبريل 1990 ، يتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية للعمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب ، ج ر عدد 6 ، مؤرخ في 07 فيفري 1990.
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 ، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991 ، يتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر عدد 57 ، مؤرخ في 13 نوفمبر 1991.

ثانيا : باللغة الفرنسية

I-Ouvrages:

- 1-BERGEAL Gatwine Lenica, Frédéric, **contentieux des marchés publics**, Imprimerie nationale, Edition, Paris, 2004.
- 2-fAUCHARD(H),Gaillard (E),Goldmen (B)droit De l'Arbitrage **commercial international**-litec, 1996.
- 3-ROBRERT Jean, **l'arbitrage droit interne-droit international privé**, Dalloz, 1993.
- 4-RENE David, **larbitrage dans le commerce International**, édition1, Economico, Paris, 1982.
- 5-TRARI Tani Mostafa, **Droit Algérien de l'arbitrage** 1^{er} édition, Berty, Edition, Alger, 2007.
- 6-VINCENT (J) Ghinchard (S) **procedures Giviles**, Dalloz.

II- Articles

1-BENNADJLi Charif, **l'évaluation de la réglementation des Marchés publics en Algérie**, thèse de doctorat d'Etat en droit, universite d'Algérie, 1991.

2-SUVE Jean Mari, **Intervention « l'arbitrage et les personne morales de droit publics »**.www.conseil-état.fr

III-Textes Juridiques :

1-loi n° 71-80 du 29 Décembre 1971, Emodifiant certaine dispositions du code des Procédures civiles loi IV°66 du 08/06/1966 portant code de marchés puplics Français, jo N°02.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	
الصفحة	
2	مقدمة
8	الفصل الأول: التسوية الخارجة عن السلطة القضائية لمنازعات الصفقات العمومية
9	المبحث الأول: الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية
9	المطلب الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق
10	الفرع الأول: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة
10	أولا: الطابع القانوني الطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية
12	ثانيا: الطابع القانوني الطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية
12	الفرع الثاني : : الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في تنظيم الصفقات العمومية
13	أولا: الطابع القانوني للطعن الإداري قبل صدور المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
14	ثانيا: الطابع القانوني للطعن الإداري بعد صدور المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
19	المطلب الثاني: الاجراءات أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بالنظر في الطعن الإداري
19	الفرع الأول: شروط رفع دعوى الطعن الإداري المسبق أمام لجنة الصفقات العمومية
19	أولا: الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن
20	ثانيا: شروط ميعاد الطعن
20	ثالثا: الشروط المتعلقة بالجهة القضائية
21	رابعا: الشروط المتعلقة بالشخص الطاعن
22	الفرع الثاني: نتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة
22	أولا: نتائج رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية
23	ثانيا: جدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية
24	المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية
24	المطلب الأول: مفهوم التحكيم
24	الفرع الأول: تعريف التحكيم
25	أولا: التعريف الفقهي للتحكيم
26	ثانيا: التعريف القانوني للتحكيم
27	الفرع الثاني: أساس التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
27	أولا: إجازة المشرع للتحكيم في منازعات العمومية
27	ثانيا: إرادة الخصوم
28	الفرع الثالث: مدى جواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
28	أولا: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
34	ثانيا: موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
36	المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية

36	الفرع الأول : هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية أمامها
36	أولاً: هيئة التحكيم
38	ثانياً : الاجراءات التحكيمية
41	الفرع الثاني: صدور الحكم أو القرار التحكيم، تنفيذه وطرق الطعن فيه
41	أولاً: صدور الحكم أو القرار التحكيم
42	ثانياً: تنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي
42	ثالثاً: طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي الدولي
45	الفصل الثاني :التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية
46	المبحث الاول:اختصاص القاضي الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية
47	المطلب الأول:المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة النزاع الإداري في مجال الصفقات العمومية
47	الفرع لأول:تحديد المعيار العضوي
48	أولاً:السلطات المركزية في الصفقات العمومية
50	ثانياً السلطات المحلية في الصفقات العمومية
52	ثالثاً : المؤسسات العمومية في الصفقات العمومية
61	الفرع الثاني: المعيار المادي
64	المطلب الثاني: مجالات تدخل القاضي الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية
65	الفرع الأول:اختصاص القاضي الإداري بنضر دعوى الإلغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية
65	أولاً:مفهوم دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية
67	ثانياً:شروط دعوة الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية
69	الفرع الثاني: اختصاص القاضي الإداري بنضر دعوى القضاء الكامل لتسوية منازعات الصفقات العمومية
70	أولاً:دعوى بطلان الصفقة العمومية
72	ثانياً:دعوى الحصول على مبالغ مالية
73	ثالثاً:دعوى المطالبة بإبطال بعض التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة على خلاف التزاماتها التعاقدية
74	رابعاً: دعوى فسخ الصفقة العمومية
76	الفرع الثالث :إجراءات سير الدعوى الإدارية أمام القضاء الإداري
76	أولاً:رفع الدعوى أمام القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية
85	ثانياً: إصدار الأحكام والقرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات والطعن فيها
94	المبحث الثاني:قضاء الاستعجال في مجال منازعات الصفقات العمومية
95	المطلب الأول:الاستعجال بالطبيعة في مجال منازعات الصفقات العمومية
96	الفرع الأول:شروط الاستعجال بالطبيعة
96	أولاً:توفر حالة الاستعجال
97	ثانياً:عدم المساس بأصل الحق
98	ثالثاً:عدم المساس بالنظام العام
99	الفرع الثاني :مميزات الاستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية
99	أولاً:حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة

100	ثانيا: قضاء الاستعجال بالطبيعة يندرج ضمن الاختصاص النوعي
101	ثالثا: التشكيلة الفاصلة في الاستعجال الإداري
102	المطلب الثاني: الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية
102	الفرع لأول: منازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني
105	أولا: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني
106	ثانيا :الهدف من إدراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الاستعجال القانوني
106	ثالثا :نقد نصوص الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية
108	الفرع الثاني: مميزات الاستعجال القانوني في مجال المنازعات الصفقات العمومية
108	أولا: حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني في مجال الصفقات العمومية
109	ثانيا :الأجال المقررة لمنازعات الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال
110	ثالثا: إجراء تأجيل إبرام الصفقة العمومية
110	الخاتمة
115	المراجع

ملخص:

يعد كل من الطعن الإداري و التحكيم رسائل بديلة لتسوية نزاعات الصفقات وحلها خارج الدعوى القضائية , فالطعن الإداري المسبق في مجال الصفقات العمومية يتميز بنوعين من التظلم وجعلهما جوازيان تظلم يخص المنازعات الناشئة قبل الإبرام وتظلم يخص المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ عقد الصفقة، فيمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية زيادة على القيام بإجراء الطعن المقرر في القواعد العامة المعمول بها.

أما بخصوص التحكيم في مجال الصفقات العمومية فإنه هو الآخر له إطار عام مقرر بالقواعد العامة (ق إ.م. إ. 09/08) وإن تنظيم الصفقات العمومية أحال إليه بصفة ضمنية ولقد سمح للأشخاص العامة باللجوء إليه وجعله جازيا.

غير أنه يمكن للمتعاقد أو المتعاقد مع الإدارة بعد فشل المساعي إليه أن يلجأ سبيل القضاء الإداري والإستعجالي مباشرة نظرا لما يمكن أن تتحقق من حماية قضائية له من خلال السلطات الواسعة أن يحوزها القاضي الإداري عند نظره في المنازعة من إلغاء وتعديل وفرض تعويضات بموجب قرار قضائي يجوز الحجية.

Résumé :

Le recours amiable ainsi que l'arbitrage sont considérés comme moyens de remplacement pour le règlement des litiges en ce qui concerne les marchés de l'opérateur public en dehors de l'action judiciaire .

Le recours administratif préalable dans le cadre des marchés public est caractérisé par deux types de doléances possibles considérés comme étant des moyens privilégiés :

Un premier recours concerne les litiges qui naissent avant même de conclure le contrat pour cela , le souscripteur peut recourir à ce moyen édicté par les dispositions de la réglementation des marchés publics et les règlements généraux qui sont en vigueur .

Concernant l'arbitrage dans le domaine des marchés de l'opérateur public , il est considéré comme étant un cadre général institué par les règlements généraux contenu dans le code des procédures civiles et administratives 08/09 du 25/02/2008.

Le code des marchés public avait dévolu aux personnes morales, d'une manière sous entendue, le recours systématique à ces règlements.

Néanmoins , il appartient au souscripteur ou à la partie cocontractante avec l'administration publique de recourir directement au tribunal administratif et aux action du référé et ce à la recherche de la protection juridique compte tenu des larges pouvoir dont dispose le juge administratif dans le règlement des litiges au moyens de l'annulation , la modification et l'instauration des dédommagements en exécution d'une ordonnance judiciaire devenue définitive , disposant de la force de la chose jugée.