جامعة أحمد دراية أدرار.

كليّة الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

في المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري

مذكّرة تخرّج مقدّمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون المؤسسات الإقتصادية

اعداد الطالبين

–زويني مُحَمَّد

–حمداوي مُحَمَّد

إشراف الأستاذ

د/ الصادق عبد القادر

لجنة المناقشة:

الأستاذ: كنتاوي عبد الله ..... أستاذ محاضر (أ) جامعة أدرار.....(رئيساً)

الأستاذ:الصادق عبد القادر.... أستاذ محاضر (أ) جامعة أدرار.....(مشرفاً)

الأستاذ: دبار مُحَمَّد الأمين..... أستاذ مساعد (ب) جامعة أدرار.....(مناقشاً)

السنة الجامعية: 1443–1444هـ / 2022 –2023م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أحمد دراية- أدرار
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
رقم:...../ج.أ/ك.ح.ع.س/ق.ق.خ/2023.

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University Ahmed Draia of Adrar
Faculty of Law and Political Science
Department Of Law Privet
...../U.A/F.L.P.S/D.D/2023

إذن بالطبع والإيداع

نحن الأستاذ : ..... المشرف على

مذكرة الطالب:(ة): 1-.....

2-.....

تخصص : .....

الموسومة ب:.....

وبعد الإطلاع عليها وتصحيحها نأذن للطالب بطبع وإيداع مذكرته.

ملاحظة: يتوجب على الطالب إيداع 03 نسخ ورقية، ونسختين على قرصين مضغوطين (CD) محفوظة على شكل (PDF).

أدرار في :.....

إمضاء الأستاذ المشرف

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من لا توصف قيمتهما بالكلام إلى النعمة المهداة, **والدتي الكريمة** أطال الله في عمرها

والى رمز الفداء والعطاء **أبي الغالي** بارك الله في عمره

إلى **أسرتي** الكريمة من قريب ومن بعيد، كبيرا وصغيرا .

إلى بسمة الحياة وطيب الأوقات **إخواني وأبنائي** .

الى أنسي وسكني **"زوجتي الكريمة "**

إلى من قيل فيهم: "من علمك حرفا صرت له عبدا"، **أساتذتي الكرام**.

إلى رفاق دربي ودليلي في طلب العلم،.

إلى كل من أعانني من قريب أومن بعيد .

✍ **زويني محمد**

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من لا توصف قيمتهما بالكلام إلى النعمة المهداة, **والدتي الكريمة** أطال الله في عمرها

والى رمز الفداء والعطابي **أبي الغالي** بارك الله في عمره

إلى **أسرتي** الكريمة من قريب ومن بعيد، كبيرا وصغيرا .

إلى بسمة الحياة وطيب الأوقات **إخواني وأبنائي** .

الى أنسي وسكني **"زوجتي الغالية "**

إلى من قيل فيهم: "من علمك حرفا صرت له عبدا"، **أساتذتي الكرام**.

إلى رفاق دربي ودليلي في طلب العلم،.

إلى كل من أعانني من قريب أومن بعيد .

✍ **حمداوي محمد**

شكر وتقدير

عملا بحديث رسول الله ﷺ **"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"**.
فإني أتقدم بخالص شكري وعظيم تقديري إلى أستاذي الفاضل **الدكتور الصادق عبد القادر** المشرف على هذه المذكرة، الذي أفادني من علمه المزان بالحكمة والإخلاص وبما جاد علي بملاحظاته القيمة، وإرشاداته الدقيقة، وآرائه النفيسة، ونصائحه الحكيمة، جزاه الله عنا خير الجزاء وعن زملائي وكافة طلاب العلم .

ثمّ الشكر كلّ الشكر إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، على قبولهم مراجعة هذه الرسالة وتصحيحها وإثرائها بتوجيهاتهم القيمة والسديدة .

إليكم جميعاً جزاكم الله خيراً.

مقدمة

مقدمة

تقوم الإدارة بنوعين من الأعمال أثناء قيامها بنشاطاتها الإدارية ومهامها، فتارة يصدر عنها أعمال مادية تقوم بها تنفيذا لقانون معين أو عمل إداري، وتارة أخرى تقوم الإدارة بأعمال قانونية حيث تفصح فيها عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني. والعمل الإداري إما تقوم به الإدارة بإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري، وإما استنادا إلى توافق إرادتين وفي هذه الحالة تدخل الإدارة في روابط عقدية والهدف منه تلبية حاجيات الناس.

غير أنه يمكن تقسيم عقود الإدارة إلى مجموعتين، عقود تبرمها مع الغير وتخضع للقانون الخاص، وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة. أما المجموعة الثانية فهي عندما تدخل الإدارة في روابط عقدية مع الغير وتلجا لاستعمال امتيازات السلطة العامة، من خلال استعمال وسائل القانون العام، وفي هذه الحالة تخضع لتشريع متميز ومستقل ألا وهو تشريع الصفقات العمومية.

حيث أن موضوع الرقابة على الصفقات العمومية يكتسي طابعا قضائيا وقائيا بحتا، من أجل الحفاظ على الحقوق بالنسبة للمتعامل المتعاقد أو حماية المال العام من أجل المصلحة العامة، وذلك من خلال سن قوانين منها قانون الصفقات العمومية 10/236 وقانون الاجراءات المدنية والإدارية 09/08 وكذلك قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 06/01، إذن فموضوع بحثنا هذا يرتكز على حماية المصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية من خلال تجسيد مبدأ الرقابة القضائية على الصفقات العمومية . وتظهر أهمية الموضوع والمتمثل في الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في وظيفتين أساسيتين للدولة هما حماية المصالح المتعاقدة من أي إخلال للإدارة مع متعاقديها إن هذا التشريع مر في الجزائر بعدة مراحل متأثرا بالتطورات الاقتصادية والسياسية، فأول تشريع للصفقات العمومية صدر بموجب الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17-06-1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية. حيث صدر في ظل النظام

الاشتراكي، وكان الهدف من إصداره، هو الاعتماد على الصفقات العمومية كآلية واداة لتنفيذ المخطط الوطني في اطار التخطيط الاقتصادي.

ثم تلاه المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي الذي صدر تماشيا مع الاختيار الإشتراكي الذي يقوم على وحدة القانون، وقد جاء ليوحد النظام القانوني للصفقات العمومية، وعقود الإدارة، والمؤسسات العامة.

و بعد التخلي عن النظام الإشتراكي، كان لابد من سن نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة. ولهذا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ليقتصر تطبيقه على القطاع الإداري بالدولة دون قطاعها الاقتصادي الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص.

ثم صدر المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 27-07-2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. الذي أعيدت صياغته على النحو الذي يوافق بين المصلحة العامة والخاصة.

وفي سنة 2010 صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ في 07-10-2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومي.

وأخيرا صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام والذي دخل حيز التنفيذ يناير 2016.

ولما كان موضوع الصفقة العمومية له صلة وثيقة بالخزينة العامة، وكان الأمر متعلقا بالمال العام، كان لابد من التعامل مع هذا الاتفاق بنوع من الحزم عن طريق أحكام الرقابة على استخدام هذه الإمكانيات، حتى يتسنى تحقيق الغرض من ورائها. ومن هذا المنطق أصبح للرقابة على إنفاقا لأموال العمومية، أولوية من أولوية الدولة. حيث أن الصفقة العمومية هي الصورة الأكثر استعمالا من صور إنفاق المال العام.

لهذا تعددت صور الرقابة على الصفقة العمومية، ومنها رقابة السلطة القضائية باعتبارها الضمان الفعال لكافة الحقوق، بما منحها الدستور من سلطات وضمانات وباعتبار مجال نظرها أوسع وأشمل، فهي تبحث في صحة الإجراءات وتفصل في الخلافات التي تقع بين أطراف الصفقة العمومية للنظر في منازعات الصفقات العمومية في المؤسسات العمومية الاقتصادية و التجارية و الصناعية وهو ماجعلنا نتخذه كموضوع للمذكرة متسائلين بطرح الاشكال التالي:

- **مامدى إختصاص القضاء للفصل في منازعات الصفقات العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري؟**

حيث يمكن بلورة هذه الإشكالية في التساؤلات الفرعية التالية:

1 - -ماهي الصفقات العمومية و ما يتعلق بها من إجراءات؟

2 - -ما هي الآليات القانونية التي شرعها القانون الجزائري للقضاء كي يفصل في منزعات الصفقات العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري؟

إن الهدف من هذه الدراسة هو معالجة كيفية مراقبة القاضي للصفقة العمومية في ظل التشريع الجزائري. فإخضاع الصفقة العمومية لهذا النوع من المراقبة، الهدف منه هو حد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام.

واعتمدنا في معالجة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي،عن طريق تحليل النصوص القانونية. وكذلك المنهج الاستدلالي حيث اقتضت بعض أفكار البحث الانطلاق من النصوص القانونية وإدخال الفروع تحت حكمها.

عملنا على تأسيس خطة البحث انطلاقا من عناصر البحث وأفكاره الثنائية، فقسمت الخطة إلى فصلين: تضمن الفصل الأول على تحديد مفهوم الصفقات العمومية في المؤسسات ذات الطابع التجاري، بينما تطرقنا في الفصل الثاني الرقابة القضائية على الصفقة العمومية.

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي

للصفقات العمومية في المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري

انتهجت الجزائر و بأسلوب واضح خلال ضبطها قوانين تسيير الإدارة و اعمالها بشكل خاص و المؤسسات بشكل عام اذ جعلت للقضاء رقابة مزدوجة منذ دستور 1996 ، وعلى هذا الأساس فان اعمال الإدارة تخضع لسلطة القضاء الإداري للفصل في النزاعات. من ابرز أنواع العقود الإدارية في النظام القانوني الجزائري هي الصفقات العمومية وعقد تفويض المرفق العام وعقد التوظيف، ومن بين الأسباب التي جعلت هذه العقود تبرز من بين أنواع العقود الإدارية الأخرى وهو قيام المشرع الجزائري بالنص عليها وتنظيمها من جهة واستعمالها من طرف الإدارة على نطاق واسع من جهة أخرى، سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: الصفقات العمومية و طرق الابرام

المبحث الثاني: المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية و طرق الابرام:

تعتبر الإدارة السلطة المخولة لتسيير مصالح الهام و اخاص من الافراد لما خصص لها القانون العديد من الامتيازات التي تقوم بضبط الأداء و تسيير شؤونها ومهامها، ومن أهم ما أعطاه القانون للإدارة صلاحيتها للتعاقد باستعمالأساليب خاصة وبواسطة ما يعرف بالعقود الإدارية.

ونظرية العقود الإدارية هي نظرية حديثة نسبيا في القانون الإداري، لكنها أصبحت تحتل مكانة سامية في الأنظمة الحديثة، لكون تلبية حاجات الإدارة من المواد والخدمات تكون أنجع باستعمال هذا الأسلوب.

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية

ليس المشرع الجزائري فقط من عرف الصفقات العمومية بل مختلف التشريعات الاخرى اهمها المشرع التونسي والمشرع الليبي وهذا ما سنتطرق له في الفرع الاول ثم نعرج الى تحليل معظم النصوص في التشريع الجزائري.

فمن خلال البحث في النصوص القانونية، نجد أن قوانين الصفقات العمومية متعددة، لكنها صدرت في حقب زمنية مختلفة بل وفي مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة. ولهذا سيتم عرض بعض التعريفات التي تضمنتها هذه النصوص القانونية:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي نظمها المشرع بمقتضى عدة نصوص قانونية، حيث تتمثل القوانين التي نظمت الصفقات العمومية في الجزائر هي:

- الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية [1]، المعدل والمتمم.

- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل

---

[1] الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52، الصادرة في

العمومي. [1]

– المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن الصفقات العمومية.

– المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/25 المتضمن قانون الصفقات العمومية. 2 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 والمرسوم الرئاسي رقم 08-388 المؤرخ في 2008/10/26

– المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 2011/03/01 وبالمرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 2011/06/16 والمرسوم الرئاسي رقم23/12 المؤرخ في 2012/01/18 والمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 2013/01/13.

– المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إذا ما تفحصنا مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية التي عرفتها الجزائر بدءا بالأمر رقم 90/67 والى غاية المرسوم الرئاسي رقم 247/15 فإننا نجدها لم تتضمن في أي مادة من موادها وبصريح العبارة أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية ما يعني أن الصفقات العمومية ليست عقود إدارية بذاتها. وإنما هي عقود إدارية وفقا للمعيار العضوي والمعيار الموضوعي ومعيار الوكالة أو التفويض.

المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 04/10/، 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم 15، الصادرة في1

المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 2002/07/25، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 52، الصادرة[2]

وبذلك فان الصفقات العمومية تعتبر عقود إدارية على أساس المعيار العضوي بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ومعيار الوكالة أو التفويض والمعيار الموضوعي بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري باعتبار أن ميزانية الدولة هي الممولة للمشروع مما يجعل الخزينة العامة تعد طرفا أساسيا في المنازعة وان المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري هنا ما هي إلا مفوض عنها ما دام أن الدولة أو الجماعات المحلية هي الممول الأساسي للمشروع جزئيا أو كليا وهي تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام 1.

لقد أجمعت كل النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي عرفتها الجزائر على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة، وقد عرفها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 02 منه التي تنص على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به, تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال, اللوازم, الخدمات والدراسات".

وما يتضح من خلال هذا التعريف الوارد في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 انه جاء واسعا وشاملا لتعريف الصفقة العمومية, فبين أن الصفقات العمومية تبرم بمقابل أي أنها من العقود الرضائية ومن العقود الملزمة لجانبين, بالإضافة إلى انه بين الطرف الثاني

المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقة.

10- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار النشر جيطلي، سنة 2012، ص 56

لقد حدد المشرع طرق إبرام الصفقات العمومية، فجعل المناقصة الطريق الأصلية في ذلك، بينما التراضي طريقا استثنائيا، لذا سوف نتطرق إليهما وفق الأولوية التي منحها المشرع لكل طريقة.

الفرع الأول: إبرام الصفقة عن طريق المناقصة.

عرف المشرع المناقصة بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض [1].

ومن أجل ذلك تستعمل المصلحة المتعاقدة عدة معايير تتعلق بالناحية المالية للعرض والتقنية فيه، كنوعية المواد وآجال التنفيذ، إضافة إلى الضمانات المقدمة، والخدمات ما بعد الإنجاز، وغيرها من المعايير التي تحدد حسب طبيعة الصفقة وموضوعها لتحديد أفضل عرض.

هذا وقد نصت المادة 23 من المرسوم الرئاسي على أن المناقصة تأخذ عدة أشكال، والسبب في ذلك هو أن المشرع يحاول منح نوع من المرونة والفعالية للمصلحة المتعاقدة، وفي حدود معينة، بما يسمح لها بالتحرك من أجل تحقيق الهدف المرجو بنوع من الحرية دون أن ينسى أنه لا بد من رقابتها لتعاملها بالمال العام، وهذه الأصناف هي:

- **المناقصة المفتوحة:** إجراء يمكن من خلاله لأي شخص تقديم تعهد، ولذا فإنها تتطلب العلانية التامة، وتلتزم المصلحة المتعاقدة عند اتباع هذا الطريق في إبرام الصفقة بأن تتعاقد مع من يقدم أفضل عرض.

إن نص المادة 24 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم، لا يظهر منه هذا الإلتزام، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 21 من ذات المرسوم يكمن استنباطه، ذلك أن

[1] حسب نص المادة 21 من المرسوم الرئاسي 02-250.

المناقصة تؤدي إلى تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض، و الملاحظ أن النص باللغة الفرنسية أكثر وضوحا ودقة [1].

- **المناقصة المحدودة:** إجراء لا يسمح فيه بتقديم عروض إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا [2]، وفي حقيقة الأمر يكون المتعهدون المشاركون في المناقصة المحدودة أولئك " المعتمدين " [3] لدى المصلحة المتعاقدة.

- **المزايدة:** إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر [4].

لا بد من الإشارة هنا إلى أن التعريف الوارد في النص العربي للمادة 27 يختلف عن ذاك الوارد في النص الفرنسي، ففي حين أن النص العربي يقرر أن الصفقة تخصص لأحسن عرض، وهو ما يعني أن الإختيار يتم بناء على إعمال عدة معايير، وهي المذكورة أعلاه في تعريف المناقصة، مما يجعل هذه الأخيرة تتطابق مع المزايدة، فإننا نلاحظ أن النص باللغة الفرنسية يقرر أن الصفقة تخصص لمن يقترح أقل سعر.

إن النص باللغة الفرنسية [1] هو الصحيح ويجب الإعتماد عليه عند تطبيق المادة 27 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم، للتمكن من تفرقة المناقصة عن المزايدة [2].

---

[1] فقد نصت المادة 21 من المرسوم الرئاسي 02-250 في صياغتها الفرنسية عالى أنه:
" l'appel d'offre est la procédure visant à obtenir les offres .....et à attribuer le marché au soumissionnaire présentant les offres jugées les plus favorables"

[2] حسب التعريف الوارد في المادة 25 من المرسوم الرئاسي 02-250.

[3] René Chapus, Op cit, P 1050.

[4] حسب ما ورد في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 02-250.

وأخيرا نشير إلى أن السعر الأقل الذي يتم اختياره يجب أن لا يكون أكبر من السعر الأقصى الذي تحدده المصلحة المتعاقدة، والذي تحتفظ به سريا ولا تفصح عنه إلا عند فتح الأظرفة[3].

- **الإستشارة الإنتقائية:** إجراء يقدم فيه المرشحون المرخص الذين تم انتقاؤهم والترخيص لهم مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، عروضهم في الصفقات التي تتميز عملياتها بتعقيد خاص أو بأهمية بالغة[4].

- **المسابقة:** إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة [5].

الملاحظ أن اعتماد المشرع على هذا التصنيف لأشكال المناقصة قد يضع المصلحة المتعاقدة في وضعية حرجة، ذلك أنها قد تجد نفسها أمام صفقة لا تتطلب بالضرورة اعتماد طريقة وحيدة من أجل تنفيذ موضوعها، كأن يكون بناء عمارة من عدة طوابق لا تتطلب تقنية عالية من أجل تشييد هيكلها، بينما تتطلب الحس الفني من أجل تزيينها،

---

[1] فقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 02-250 في صياغتها الفرنسية عالى أنه:
" L'adjudication est la procédure selon laquelle le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant ".

[2] أما على مستوى القانون المقارن فإن الموقف الذي اتخذه المشرع المصري يجعل من تعريفي المناقصة والمزايدة يختلف عما هو عليه الحال عندنا، إذ أن تعريف المناقصة في مصر يكافئ تعريف المزايدة عندنا، بينما تعريف المزايدة يكافئ تعريف المناقصة عندنا [2].
د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة 5، 1991، ص 245.

[3] René Chapus, Op cit, P 1049.

[4] هذا التعريف يمكن استنباطه من قراءة المادتين 26 و32 من المرسوم الرئاسي 02-250.

[5] حسب التعريف الوارد في المادة 28 من المرسوم الرئاسي 02-250.

فمثل هذه الوضعيات قد تؤدي إلى إبرام عدة صفقات تكلف من الوقت والمال الشيء الكثير.

الفرع الثاني: إبرام الصفقة عن طريق التراضي.

لقد جعل المشرع التراضي طريقا استثنائيا عند إبرام الصفقة العمومية، وعرفها بأنها الإجراء الذي تخصص بموجبه الصفقة لمتعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة [1]، وجعل طريق التراضي على نوعين، التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة.

-التراضي بعد الإستشارة.

على خلاف ما فعله المشرع مع طرق إبرام الصفقة الأخرى، فإنه لم يقدم أي تعريف للتراضي بعد الإستشارة، غير أنه يمكن القول بأنه ذلك الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الإقتصاديين، والتي تتم بكل الطرق المكتوبة الملائمة ومن دون شكليات أخرى.

فالمشرع لا يشترط شكليات معينة لإجراء الإستشارة، فيما عدا الكتابة بمختلف أنواعها، غير أن صياغة الفقرة الثانية من المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم توحي بأن اللجوء إليها غير إجباري، إلا أن الحقيقة عكس ذلك، على اعتبار أن المشرع جعل التراضي البسيط استثناء على التراضي بعد الإستشارة، ونص على الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى التراضي البسيط على سبيل الحصر [2].

كما نص في المادة 35 فقرة ثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم على أن اختيار كيفية إبرام الصفقة يدخل ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة، لكن عليها

[1] حسب المادة 22 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 02-250.

[2] حسب المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250.

تبرير اختيارها كلما طلب منها ذلك من الجهة المخولة قانونا بمراقبتها [1]، كأن تكون الجهة الوصية أو مجلس المحاسبة [2]مثلا.

وحددت المادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة على سبيل الحصر فيما يلي:

- عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، وهو ما يعني أنه لا يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة إلا بعد القيام بإجراء المناقصة التي يتبين أنها لم تؤت أكلها.

- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، والذي يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

- التراضي البسيط:

يعتبر التراضي البسيط الإستثناء المقرر على الإستثناء في طرق إبرام الصفقات العمومية، ذلك أن المادة 22 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم تنص على أن التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في حالات خاصة مقررة قانونا.

والمقصود بالتراضي البسيط هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل اقتصادي بمجرد تطابق إرادتيهما على محلها، في إحدى الحالات المقررة حصرا في المادة 37 يتحتم فيها اللجوء إلى هذا الطريق بسبب عدم جدوى الطرق الأخرى الناتجة عن وضعية معينة سائدة السوق ذاتها أو بسبب ضيق الوقت مما لا يسمح باللجوء إلى غيرها من الطرق، و المتمثلة في:

---

[1] حسب المادة 36 من المرسوم الرئاسي 02-250.

[2] قانون 90-32 ممضى في 04 ديسمبر 1990، جريدة رقم 53 مؤرخة في 05 ديسمبر 1990، الصفحة 1690، يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره.

– وجود وضعية احتكارية في السوق، حيث لا يمكن تنفيذ موضوع الصفقة إلا على يد متعامل متعاقد وحيد، أو لانفراد هذا الأخير بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

– حالة الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له الملك أو الإستثمار، قد يقع ولا يسعفه التكيف مع آجال المناقصة.

ما يعاب على موقف المشرع هنا أنه لم يحدد المعايير التي يمكن الإستناد عليها لتحديد حالة الإستعجال هذه، لاسيما وأن أي تصرف يصدر في مجال الصفقات العمومية ويكون مخالفا للقانون يقع تحت طائلة المساءلة المدنية والجزائية والتأديبية والمالية على حد السواء [1].

– في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.

يمكن تقديم نفس الملاحظات المذكورة أعلاه، رغم أن هذه الحالة تبدو أقل إبهاما من سابقتها، ذلك أنه يمكن تصور أمثلة عنها بسهولة، كأن يتعلق الأمر بتوفير دواء لمواجهة مرض ظهر فجأة أو شراء تموينات لمواجهة مخلفات كارثة طبيعية.

– عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الإستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

ما يعاب على هذا الموقف أنه مرن ومطاط لعدم تحيد المقصود بالمشروع ذي الأولوية أو ذي الأهمية الوطنية، ولعل الغاية منه هو السماح للسلطة التنفيذية بحرية الحركة وإنفاق المال العام بعيدا عن أية رقابة قبلية.

[1] ذلك أن المشرع جرم مخالفة الأحكام المتعلقة بنظام الصفقات العمومية في قانون العقوبات، ومنح لمجلس المحاسبة فرض عقوبات مالية إذا ما لاحظ أنه تمت مخالفة الأحكام المتعلقة بنظام الصفقات العمومية.

قد والمتمثل في المتعامل الاقتصادي, وهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعي أو معنوي. مما يعني انه لا يعد صفقة عمومية العقد الذي يبرم بين إدارتين عموميتين.

المبحث الثاني: المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

جاءت فكرة المؤسسة العمومية الإدارية بغرض تسيير المرافق العمومية الإدارية للدولة، حيث تتكفل الوظائف الإدارية في الدولة. لكن سرعان ما حتّمت ظروف خاصة على الدولة التدخل و ممارسة النشاطات الإقتصادية، هذه المرحلة عرفت بأزمة المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري و ظهور ما سمي بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

المطلب الأول : ظهور المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

نشأت المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية، عندما تميزت عن المؤسسة العمومية التقليدية فخلال المرحلة التي لم تكن فيها الدولة الليبرالية إلا دولة حارسة تقوم فقط بالوظائف الإدارية والحفاظ على النظام العمومي ولا تتدخل في الحياة الاقتصادية التي تعتبر مجال المبادرة الخاصة، فإن إنشاء المؤسسة العمومية التقليدية أي المؤسسة العمومية الإدارية، كان كافيا للتكفل بمهام الدولة لقيمة المالي الليبرالية التقليدية ملفات ورود ولكن مع التطور الاقتصادي والاجتماعي، وخاصة بعد الأزمة الاقتصادية لعام 1929 والحرب العالمية الثانية، فقد دفعت الدولة الليبرالية للتدخل ولممارسة نشاطات ذات طابع صناعي وتجاري. وعليه، فقد تبين أن صيغة المؤسسة العمومية التقليدية أي الإدارية لم تعد تتماشى و هذه المهمة الجديدة للدولة أي مهمة النشاط ضمن اقتصاد تدخلي. [1]

[1] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سطسف الجزائر،ص 162

المطلب الثاني: مفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

الفرع الأول: تعريفها.

من خلال ما سبق نعرف المؤسسة ذات الطابع التجاري بأنها المرفق التي يكون موضوع نشاطها تجاريا مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة. وتتخذها الدولة والجماعات المحلية الولاية و البلدية كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع التجاري. وهي تخضع في هذا لأحكام القانون العمومي والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد.[1]

1_ يعرفها الأستاذ ناصر لباد على أنها «تلك المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجاريا و صناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة، تتخذها الدولة و الجماعات المحلية "الولاية و البلدية" كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي و التجاري [2]، و هي تخضع في هذا لأحكام القانون العمومي و القانون الخاص معا كل في نطاق محدّد[3]».

2_ يمكن تعريف المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري على أنها « هيئة عامة تمارس نشاطات خاصة و تسيّر كالمؤسسة الخاص»[4] .

---

[1] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سطسف الجزائر،ص 163

[2] M.Long, P. Weil, G.Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois; les grands arrêts de la jurisprudence administrative, OP.Cit, P.230.

[3] ناصر الباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى 2004 ص187 وما بعدها.

[4] CE 4/03/1910 Théron, M .Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois ; les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Idem P.130.

الفرع الثاني: خصائص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

بإعتبارها مؤسسة عمومية فهي تتميز بنفس خصائص المؤسسات العمومية من شخصية معنوية الإستقلال المالي و الإداري، لكن ما يميزها عن المؤسسات العمومية الإدارية هو تخصُّصها في تسيير مرفق عام تجاري و صناعي، كما أنها تخضع في جزء كبير من نشاطها لقواعد القانون الخاص.

الفرع الثالث : التمييز بين المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

1 إنّ تكييف المؤسسة على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يكون في النص التأسيسي المنشئ لها[1].

إنَّ هذا النص المنشئ للمؤسسة قد يكون إما نصا تشريعيا أو نصا تنظيميا، ففي حالة النص التشريعي لا يملك القضاء تغيير التكييف الذي أعطاه المشرع. أما في حالة النص التنظيمي فيجوز للقاضي الإجتهاد وإعطاء تكييف آخر غير التكييف المنصوص عليه في النص. هذا ما وقع مع مؤسسة FORMA بحيث أن المرسوم المنشئ لهذه المؤسسة كيفها على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، غير أن محكمة المنازعات الفرنسية كيفتها على أنها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري.

_ أمّا في حالة سكوت النص فقد وضع القضاء عدة معايير لتكييف المؤسسة العمومية:

أ_ معيار الهدف : فالمؤسسة العمومية التجارية و الصناعية تهدف إلى إنتاج سلع و/أو تقديم خدمات بينما تهدف المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري إلى تسيير مرفق عام إداري.

[1] Cité par : Georges Dupuis, Marie José Guédon, Patrice Chrétien, Droit administratif 10ème édition DALLOZ 2007, P.324.

القرارات ذات الطابع العام و التي تصدر عن المديرية والتي تهم سير و تنظيم المرفق التجاري و الصناعي الذي تسيره المؤسسة العمومية الصناعية و التجارية.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 [1]،مادته 800 نجد أنه قد نص على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، فهي تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها والملاحظ من المادة 800 أن المشرع الجزائري قد تبنى المعيار العضوي الذي يقوم على صفة أطراف النزاع، وهو نفس المعيار الذي حدّد بمقتضاه الهيئات التي تبرم عقودها وفقا لقانون الصفقات العمومية، وبالرجوع إلى المادة 02 منه نجد انها أدرجت عقود الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة ومراكز البحث العلمي والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية المكلفة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة بمثابة صفقات عمومية. وبناءً على المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 فإن المشرع الجزائري استبعد منازعات المؤسسات الاقتصادية والصناعية والتجارية من اختصاص المحاكم الإدارية، واستنادا إلى نص المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية 10/236 التي أخضعت المؤسسات الإقتصادية الصناعية والتجارية في إبرام عقودها إلى أحكام القانون الخاص وليس إلى قانون الصفقات العمومية يمكن القول : أنّ المحاكم العادية هي المختصة بمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات الاقتصادية الصناعية والتجارية، فتطبيقا للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري في مسألة الاختصاص القضائي يمكن القول: بأن الاختصاص القضائي لمنازعات

[1] القانون رقم08/09 المؤرخ في 18/صفر / 1429 الموافق 25 فبراير/2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الصفقات العمومية هو إختصاص مزدوج فيما تختص المحكمة الادارية بمنازعات الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة، الولاية، البلدية،[1]

المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية، وتختص المحاكم العادية بالنظر والفصل في منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية، وهذا راجع إلى اعتماد المشرع الجزائري على معيار واحد فقط وهو المعيار العضوي وبأسلوبين مختلفين، حيث استعمله في المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بأسلوب ضيق، بينما استعمله بأسلوب واسع في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية، وهو ما ولد الاختصاص المزدوج لمنازعات الصفقات العمومية، الذي يعتبر غير منطقي بحكم انه ليس من المعقول أن تتوزع منازعة من طبيعة واحدة على قضاءين مختلفين، كما أنه يمكن ارجاع هذه الوضعية إلى تذبذب المشرع الجزائري في إخضاعه للمؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية في إبرام عقودها إلى قانون الصفقات العمومية تارة، واستبعاده تارة اخرى.

المبحث الأول: رقابة القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

يسعى القضاء الى وضع استراتجية و اليات تضبط مجال المنازعات للصفقات العمومية و و بإعتبار القضاء الاستعجالي من اهم الآليات التي تنظم المنازعات و التي خصها المشرع الجزائري بنصوص منها القانون الإجرءات المدنية و الادارية 09/08 ، هذا الأخير لم يخصص لها تعريف محكم ، فاهتم بخصائص القضاء الاستعجالي ومميزاته كما ورد في المادة 917 من قانون الإجرءات المدنية والإدارية، أما في المادة 918 من

[1] خضري حمزة منازعات الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2004/2005،36-37.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أجاز لقاضي الاستعجال أن يأمر بالتدابير المؤقتة ولا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال.[1]

وستنطرق في هذا المبحث إلى دراسة رقابة القضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية من خلال مطلبين ولكل مطلب فرعين حيث في:

المطلب الأول : مفهوم دعوى الاستعجال و دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال.

المطلب الأول: رقابة قضاء دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية

لدراسة رقابة القضاء الاستعجال في مادة الصفقات العمومية يجب التطرق إلى:

الفرع الأول:الصفقات العمومية تخضع لدعوى الاستعجال و لقبولها يجب توفر شروط وهي المصلحة والموضوع والآجال، والتي سنتطرق لها كالأتي:

أولا: شرط وجود مصلحة

تكون صفة المدعي في الدعوى الاستعجالية بناءً على المصلحة أو بحكم القانون حيث: "يتم إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة من قبل كلمن له مصلحة في إبرام العقد والذي يتضرر بهذا الإخلال.

وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"، ويدخل ضمن هذه الفئة:

المتعاملون بصدد صفقة قابلة للتمديد مثل صفقات الطلبية.

[1] عزالدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المنية والإدارية، دون طبعة، دار النشر جيلطي الجزائر 2012، ص 124.

المتنافسون الذين تم استبعادهم في أي مرحلة من مراحل الإبرام.[1]

المتنافسون الذين تم استبعادهم بسبب قصور الإشهار أو خرق لقواعده لم يكن بإمكانهم المشاركة في المنافسة. [2]

إذا فالمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كانت صريحة في أنه ليس حكرا تحريك الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية على المتنافسون المتقدمون بالعروض، بل أضافت الأشخاص العامة الرسمية، من أجل الحفاظ على المصلحة العامة.[3]

وفي الحقيقة أن هذه الإمكانية المخولة لممثل الدولة من أجل ضبط المخالفات والتجاوزات في مجال العلانية والمنافسة في المرحلة السابقة على إبرام العقود و الصفقات تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في المرحلة اللاحقة على إبرامها.[4]

ويشترط في المصلحة أن تكون مصلحة شخصية وأن تتسم بالشرعية وأن تكون مباشرة التأثير على المدعي.[5]

والمشرع هنا لم يشر إلى وجوب استصدار قرار إداري سابق من المصلحة المتعاقدة، وإنما يكفي تحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الإخلال بالالتزامات الواجب توافرها في

---

[1] المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 08/09

[2] – النوي خرشي ، تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر ، ص454.

[3] بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير ،جامعة تلمسان، ص 57، 2010/2011

[4] المرجع نفسه، ص57.

[5] خرشي النوي، مرجع سابق، ص455.

إبرام الصفقات العمومية.[1]

ويظهر من خلال الفقرة 02 من المادة 946 أنّ المشرع قد حوّل 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).[2]

ثانيا : شرط الموضوع

بالإضافة إلى الشروط الشكلية التي نصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

الصفة والمصلحة والأهلية [3]:

فإنه عند رفع الدعوى أمام القضاء الإداري الاستعجالي يجب أن تكون مرفقة بعريضة افتتاح الدعوى والتي يجب أن ينصب موضوع العريضة المقدمة للقضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية على ما يلي:

وقف تنفيذ القرار الإداري[4]

أن تتضمن أو تحتوي العريضة على مسألة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية.[5]

ويجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجاليه عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية[6]

---

[1] حورية بن أحمد ، المرجع السابق، ص58.

[2] عز الدين كلوفي ، مرجع سابق، ص137.

[3] المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08

[4] النوي، خرشي، مرجع سابق، ص456.

[5] المادة 996 ف 1 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08

[6] المادة 925 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08

ويجب أن يتعلق موضوع الدعوى خرقا لقواعد المنافسة والإشهار المطبقة على الصفقات التي تكون قد اعترت إجراءات إبرام الصفقة العمومية.[1]

ثالثا: شرط الإطار الزمني لرفع الدعوى

رقابة القضاء الاداري في مجال الصفقات العمومية:

إنّ المشروع الفرنسي لم يحدد مدة معينة لإمكانية إشارة هذه الدعوى وإنما اكتفى بالنص عليها في المادة 220 من قانون المحاكم الإدارية:" ... يمكن لرئيس المحكمة الإدارية أن يبت في الدعوى قبل إبرام العقد، لما تتمتع به هذه الدعوى من طابع وقائي قبل الإبرام وذلك من أجل إصلاح المخالفات المرتكبة فيما يتعلق بقواعد العلانية والشفافية والإشهار"، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي بأن ترفع هذه الدعوى قبل إتمام العقد، إذ يمكن للقاضي الإداري ممارسة سلطاته بفعالية.[2]

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد تاريخ أو توقيت من أجل رفع دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية، وإنما اكتفى في نص المادة 946 فو من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 بأنه : "يكون إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

الفرع الثاني: رفع الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية

القاعدة أنّ منازعات الإدارة، تعود لاختصاص القضاء الإداري وفق معايير عامة أقرها الاجتهاد القضائي.[3]

حيث ترفع الدعاوى عادة لاستصدار أحكام قصد تحصيل الحقوق، لكن بالنسبة للدعاوى

---

[1] النوي، خرشي، مرجع سابق، ص 456.

[2] حورية بن أحمد ، مرجع سابق ، ص54.

[3] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية الانظمة القضائية المقارنة و المنازعات الادارية ،الطبعة 3، الجزء الاول، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، 2005، ص 118 .

الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية ترفع الدعوى لاستصدار أوامر وقف التنفيذ بسبب الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، حيث يرفع هذا النوع من الدعاوى على مستوى المحاكم الإدارية القسم الاستعجالي وذلك ما نصت عليه المادة 800 من قانون الإجراءات[1]

المدنية والادارية ترفع الدعاوى الإدارية أمام القضاء الإداري إذ كان أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والقضايا المخولة بنصوص خاصة، فالقاضي الإداري في مجال قواعد الاختصاص النوعي سلطته مقيدة بالمادة 800 والتي جاء فيها ذكر المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والجامعة ليست مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، بل هي مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني والمرسوم 10/236 لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل إلى تمويل الصفقة كونها ممولة من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة[2].

وتطبيقا للمعيار العضوي والاختصاص القضائي الذي هو من النظام العام فإن الجهة المختصة في منازعات الصفقات العمومية هي القضاء الإداري على مستوى المحاكم الإدارية.[3]

وينطبق على مادة الصفقات ما ينطبق على الإستعجال في المواد الأخرى من حيث

[1] النوي خرشي ، مرجع سابق، ص452.

[2] عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية ، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للمنازعة الادارية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر ، 2013، ص325 326.

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 327.

تدابير التحقيق والتبليغ.[1]

بالنسبة للتحقيق يجوز القاضي الاستعجال بناء على عريضة ولوفي غياب قرار إداري مسبق، أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق.[2]

والخبرة والتحقيق تنطبق عليهما أحكام ق ج إ وم في المواد 125 و 145 وبالنسبة للخبرة أما بالنسبة للحقيق في المادة 75- 193 من ق إج م وإ.

وفي مجال التبليغ الرسمي فإنه يتم التبليغ الرسمي للعريضة حالاً من قبل المحكمة إلى المدعى عليه مع تحديد أجل للرد من قبل المحكمة.[3]

ولا يمكن تأجيل الأمور بوقف تنفيذ العقد أو إمضائه إلا لمدة أقصاها 20 يوم من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية بالطلبات المقدمة. [4]

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

في هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى حدود سلطات قاضي الإستعجال في مجال الصفقات العمومية و إلى الأوامر الصادرة عنه على التوالي في الفرع الأول والفرع الثاني.

الفرع الأول: حدود سلطات قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

حيث أنه من المتعارف عليه أنه تتوقف حدود ممارسة قاضي الاستعجال لسلطاته في مادة الصفقات العمومية عند مرحلة الإبرام التي تنتهي فورا عند إمضاء الصفقة، وذلك حسب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 : "يجوز إخطار

---

[1] خرشي النوي مرجع سابق، ص 245.

[2] المادة 940، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08

[3] – خرشي النوي مرجع سابق، ص 453.

[4] المادة 946، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08

المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد." وهناك مجموعة من النصوص يمكن لقاضي الاستعجال أن ينظر في مدى احترامها كهذه النصوص على سبيل المثال وهي:

- النص المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 10/236.
- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.
- النصوص المتعلقة بمحاربة الفساد والرشوة.

غير أنه من ضمن هذه النصوص لا ينظر القاضي إلا في المواد التي تتعلق بقواعد المنافسة والإشهار، كما ينظر في أي نصوص أخرى قد لا تكون لها علاقة مباشرة بإجراء الإشهار والمنافسة، ولكن عدم احترامها من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بقواعدها، أو بالتأثير على اختيار المتعامل. [1]

ومبدئيا لا يدخل ضمن صلاحيات قاضي الاستعجال في مجال الإبرام تلك الإجراءات الأخرى غير المتعلقة بالمنافسة والإشهار ، غير أنه في الواقع وحين يتعلق الأمر بالصفقة العمومية فإن جلّ الإجراءات ترتبط إما مباشرة أو غير مباشرة بالإشهار والمنافسة .[2]

فعلى سبيل المثال نجد حالة الغياب الكلي للإشهار، أو الإشهار الناقص، أو الإعلان الغامض وهي أمور تتعلق بصفة مباشرة بالإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة.

كما نجد اختلالات أخرى قد لا تتعلق مباشرة بقواعد الإشهار والمنافسة مثل: تحديد مكان أو موعد فتح الأظرفة، وهو العنصر الذي لا يعد كإجراء من الإجراءات المباشرة للإشهار والمنافسة، وإن تغير موعد أو مكان فتح الأظرفة دون إشعار المتنافسين، من شأنه أن يسمح بالإخلال بشفافية المنافسة، التي تقتضي حضور المتنافسين لعملية الفتح فضلا عن الإخلال أصلا بالإشهار يجب أن تحتوي مع دعوة المتنافسين لحضور عملية

[1] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 457.

[2] – المرجع :نفسه، ص458.

فتح الأظرفة في مكان وموعد معين، رغم أن مجلس الدولة الفرنسي استبعد هذا العنصر من أوجه الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة .[1]

كما أن النكوص عن الموعد المحدد كآخر أجل لإيداع العروض وتقديمه بدون إشعار للمتنافسين، أو تأخيره بدون إشعار للمتنافسين يشكل أيضا وجها من أوجه الإخلال بمبدأ المنافسة والإشهار .[2]

الفرع الثاني : الأوامر الصادر عن قاضي الاستعجال في مادة الصفقات العمومية

للقاضي الإداري حسب قانون الإجراءات المدنية الإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 وفي نص مادته 946 سلطة:

- أمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها.
- الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة مع تنفيذ أوامرها.
- تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات.

وسوف يتم التعرض لكل سلطة على جهة:

أولا: أمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها

يملك القاضي الاستعجالي في إطار هذه الدعوى أن يأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته[3]، والتقيّد بالنصوص الجاري العمل بها ضمن أجل تحدده المحكمة [4].

وهذا ما نجده في قانون الإجراءات و الإدارية: يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماتها ، وتحدد الأجل الذي تمتثل فيه".[5]

---

[1] – المرجع نفسه، ص 458.

[2] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 459.

[3] أمل يعيش تمام، سلطات القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة رسالة دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة، ص409.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 319.

[5] المادة 946 فقرة 04 من القانون 09/08 .

وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر الإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود والصفقات العمومية.[1]

ثانيا: الأمر بفرض غرامة تهديدية لإجبار الإدارة مع تنفيذ أوامرها

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه تنفيذ الأحكام القضائية [2] ، حيث يجوز للقاضي الاستعجالي طبقا للمادة 946 فقرة (5) على أن يحكم بالغرامة التهديدية ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل الذي حدده القضاء حيث جاء في نص هذه المادة : "ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد".

ثالثا: الأمر بتأجيل العقد

يمكن للقاضي الاستعجالي أن يطلب تأجيل إمضاء العقد [3] إلى غاية إتمام الإجراءات وتفصل المحكمة الإدارية في الدعوى المعروضة عليها في مدة لا تتجاوز 20 يوم ابتداء من تاريخ رفعها، بما يؤكد الطابع الاستعجالي للمنازعة [4] وهذا ما نصت عليه المادة 947 من ق08/09.

حيث يأخذ الحكم الصادر في المسائل الاستعجالية شكل قرار في حدود 15 يوم من تاريخ التبليغ.[5]

إن المشرع الجزائري لم يقيد مجال دعوى الإستعجال في مادة الصفقات العمومية حيث جاءت المادة 976 مطلقة على عكس الوضع القائم في التشريع الفرنسي الذي يسمح برفع الدعوى قبل إبرام الصفقة فقط، و هو أمر بديهي كون هذه الدعوى تتعلق بحماية مبدأ المنافسة و الإشهار وهي المبادئ التي تتعلق بإجراءات الإبرام و لا يمكن تصورها

[1] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص64.

[2] المرجع نفسه، ص 65.

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص460.

[4] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 319.

[5] خرشي النوي، مرجع سابق، ص460.

بعد الإبرام.[1]

[1] حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، جوان 2015، ص 305

المبحث الثاني: رقابة قضاء الالغاء على الصفقات العمومية

لقد رسم المشرع الجزائري أنواعا من الرقابة التي تمارس على عقود الصفقات العمومية قبل وبعد إبرامها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية 10/236 المعدّل والمتمم في مادته 116 التي نصت صراحة على أن تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده، وتعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا واستعمالا من طرف المتقاضين ، وهوما يفسر اهتمام المشرع الجزائري بها بأن خصها بالكثير من القواعد والأحكام سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 1966 أو في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد الصادر بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.[1]

وسنبرز من خلال هذا المبحث:

الاختصاص في مجال دعوى الالغاء في مادة للصفقات العمومية كمطلب أولثم نطاق دعوى الالغاء في مادة للصفقات العمومية كمطلب ثان.

المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الالغاء بالنسبة لمادة الصفقات العمومية

يثور تساؤل بعد معرفة الطبيعة القانونية للصفقات العمومية والعناصر المكونة لها عن القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالنظر في النزاعات ذات الطابع الاداري، ذلك أن الأخذ بنظام القضاء المزدوج يفرض وجود ضوابط تحدد وتفصل المجالات التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الاداري بصفة عامة والمحاكم الادارية بشكل خاص [2]، وهذا ما تبنّه المشرع الفرنسي حيث وضع معايير تحدد اختصاص القانون الاداري وما يخرج عنه

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 07.

[2] ملوك صالح، النظام القانوني للمحاكم الادارية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يونس خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 10.

ضمن اختصاص القضاء العادي.

حيث سنتطرق في هذا المطلب إلى:

كفرع أول: اختصاص المحاكم الادارية.

كفرع ثاني: اختصاص مجلس الدولة.

الفرع الأول: اختصاص المحاكم الادارية

إن الإختصاص القضائي يقصد به الأهلية القانونية لجهة قضائية للنظر في نزاع ما، حيث يعد الاختصاص النوعي والاقليمي للمحاكم الادارية من النظام العام.[1]

فالمحاكم الإدارية : هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية حيث تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها كما تختص بالفصل في دعاوى الإلغاء للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية والبلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

ويتحدد الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام أو تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: اختصاص مجلس الدولة

لقد حل مجلس الدولة محل الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بموجب المادة 152 الفقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 1996 والقانون رقم 98/01 باعتباره الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية كما يقوم مجلس الدولة وينفرد بدور استشاري حول مشاريع

[1] رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، الدعاوى وطرق الطعن الادارية الجزء 02 ، الطبعة 02 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2013، ص143

القوانين فلا تشاركه في ذلك المحكمة العليا أو تزاحمه في هذا الاختصاص.

وكقاعدة عامة إنّ المحاكم الإدارية هي صاحبة الإختصاص العام في النظر في كل منازعة إدارية إلا أنّه واستثناءً عن ذلك واستنادا لنص المادة 09 من القانون العضوي 98/01 المعدّلة والمتممة بموجب المادة 02 من القانون العضوي 11/13.

فقد أوكل المشرع لمجلس الدولة النظر بصفة ابتدائية ونهائية في بعض الدعاوى المحددة على سبيل الحصر.[1]

وتعتبر القرارات الصادرة عن مجلس الدولة بصفة ابتدائية ونهائية غير قابلة للطعن بالنقض أمامه، لعدم جواز ذلك طبقا للاجتهاد القضائي الصادر عنه، لأنه من غير المنطقي أن يفصل مجلس الدولة في طعن بالنقض مرفوع أمامه صادر عنه.[2]

يفصل مجلس الدولة كقاضي اختصاص ابتدائيا ونهائيا في المنازعات التي تثور بشأن الأعمال والقرارات الصادرة عن السلطات والهيئات والمنظمات المركزية الوطنية، ومعنى ذلك النظر في مدى مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

حيث تنص المادة 09 من القانون العضوي رقم 98/01 على ما يلي: « يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في :

1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

2- الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من إختصاص

---

[1] نصيبي الزهرة، الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، 2011/2012 ، ص 69

[2] قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 011052 بتاريخ 20/10/2014 ، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد8، سنة 2006 ، ص 175.

مجلس الدولة».

وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي نص المادة 901: « يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، كما يختص بالفصل في القضايا المخوّلة له بموجب نصوص خاصة ».

وبالتالي ينعقد الإختصاص لمجلس الدولة حسب المادة 09 من القانون العضوي رقم 98/01، والمادة 901 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجديد للفصل في الدعاوى الإدارية التالية :

- دعوى الإلغاء.
- دعوى التفسير.
- دعوى تقدير وفحص المشروعية.

وحسب نصوص القانون فإنّ إختصاص مجلس الدولة هنا هو إختصاص ابتدائي ونهائي. ومن ثمة لا يمكن أن تخضع قراراته لأي طعن بالنقض، غير أنه يجوز ممارسة إلتماس إعادة النظر ضدها إذا توافرت شروطه والمعارضة إذا كان الحكم غيابيا، أو إعتراض الغير الخارج عن الخصومة بالنسبة لمن لم يكن طرفا في الحكم، كما تجوز دعاوى تصحيح الأخطاء المادية ضد قراراته.

نصت المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 السابق الذكر : « يفصل مجلس الدولة استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ».

وهو ما نصت عليه أيضا الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية بنصها أنّ : « أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وتنص المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة ».

وهكذا، فقد وضعت النصوص السابقة قاعدة عامة تكون بمقتضاها جميع القرارات الصادرة إبتدائيا من المحاكم الإدارية قابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

يتمتع مجلس الدولة هنا بجميع صلاحيات قضاء الاستئناف، وعلى وجه الخصوص إعادة دراسة الملف من حيث الوقائع والقانون معا، وفي حالة إلغاء الحكم يتصدى من جديد للفصل في النزاع بقرار نهائي غير قابل للنقض.

غير أنه يجوز له أن يحيل الملف بعد الإلغاء على المحكمة الإدارية. ويلجأ مجلس الدولة للإحالة عندما لا يكون لديه كافة العناصر اللازمة للفصل في الملف، كأن يتطلب الأمر مثلا الانتقال إلى المعاينة. [1]

وتنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 السابق على ما يأتي :« يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة ».

وتنص المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : (يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية. يختص مجلس الدولة كذلك، في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة ».

المطلب الثاني: نطاق دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية

[1] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ج الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 128، دون سنة نشر.

إنّ العقد الإداري والذي من أهم أنواعه الصفقات العمومية فهو بكافة محتوياته يشكل كتلة متماسكة تدخل في إختصاص القضاء الإداري كأصل عام .[1]

حيث إختلفت وتعددت تسميات دعوى الإلغاء فهناك من يسميها دعوى البطلان وأحيانا طلبات الإلغاء وأحيانا دعوى تجاوز السلطة وبالرغم من إختلاف التسميات فهي تتعلق بدعوى إلغاء قرار إداري يعتقد رافعها أنه غير قانوني .[2]

فدعوى الالغاء دعوى قضائية إدارية موضوعية عينية يحرّكها ويرفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة من أجل إلغاء قرارات إدارية غير مشروعة.[3]

ومن خلال هذا التعريف نستخلص مجموعة من الخصائص هي:

إنّ دعوى الإلغاء دعوى قضاء المشروعية كما أنها الدعوى الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، كما أنها من النظام العام ودعوى موضوعية عينية لأنها تتحرك وتنعقد على اساس مركز قانوني عام، إضافة إلى كونها تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع ولا تهاجم السلطة الإدارية مصدرة القرار بل على إلغاءه ،كما يقوم القاضي فيها ببحث مشروعية هذا القرار الإداري بصرف النظر عن الحقوق الشخصية للمدعي.[4]

الفرع الأول: ماهية نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

تظهر القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية في مرحلة إعداد الصفقة

---

[1] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص104.

[2] خرشي النوي، مرجع سابق،ص460.

[3] عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الادارة العامة في النظام الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر ، 1994، ص 103.

[4] عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات الادارية والعقود الادارية، د ط دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010،ص 77.

وإبرامها[1] ، ويجب أن يتوفر في القرارات الادارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة الشرطين الواجب توفرهما في القرارات الادارية المنفصلة، ألا وهما[2] :

أن يكون هذا الإجراء ضروري لإبرام العقد.

أن لا يعدّ هذا الإجراء جزء لا يتجزأ عن العقد. [3]

حيث تتمثل إجراءات مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها في :

-تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة.

-إعداد دفتر الشروط

-طرق ابرام الصفقة العمومية واجراءاتها.

-المشاركين وتأهيل المرشحين.

-إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد.

وتجسد تصرفات المصلحة المتعاقدة لتلك الأعمال في القرارات الإدارية التالية:

-قرار الاعلان عن الصفقة العمومية.

-قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية.

-قرار استبعاد أي عطاء.

-قرار الإقصاء من دخول منافسة الصفقة العمومية.

-القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية.[4]

إذا فالقرارات الإدارية التي تصدر من طرف المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من

---

[1] شنطاوي علي خاطر، موسوعة القضاء الاداري، الجزء الاول والثاني، ط1 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن،2004، ص 368/369

[2] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 116.

[3] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 116.

[4] المرجع نفسه، ص 116.

الإجراءات السابقة تدخل ضمن القرارات الإدارية المنفصلة، ومن أجل التعرف على القرارات الإدارية المنفصلة ارتأينا أن نتطرق إلى نشأتها وتعريفها ثم شروط وحالات إلغائها والأحكام الصادرة بخصوصها.

أولا: نشأة القرارات الإدارية المنفصلة

لقد كان أول ظهور لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة مع بداية(القرن 20) على يد قضاة مجلس الدولة الفرنسي، وذلك بعد تطور موقفهم في مجال تطبيق شرط انتفاء الدعوة الموازية أو الطعن المقابل لقبول دعوى الإلغاء، ففي بادئ الأمر كان يرفض قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات المركبة [1]، حيث كانت تسود فكرة أن جميع القرارات التي تساهم في العقد تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة إبرامه [2] ، فعند إتمام عملية الإبرام تزول استقلالية هذه القرارات وتذوب في العقد الذي تم إبرامه، وبذلك تنسجم معه وتصبح تصرف كلّي غير قابل للتقسيم أوكلاً لا يتجزأ وبالتالي قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هذه القرارات التي تساهم في تكوين قبول الإدارة، وبالتالي تستبعد هذه الدعوى ضد هذه القرارات عند انتهاء عملية إبرامه لأن هذه الدعوى ضد هذه القرارات حسب نظرية الادماج لا يختص بها قاضي الإلغاء.[3]

إذ قد تم هجر هذه النظرية وحلّ محلها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، حيث أنّ مضمون هذه في مجال العقود هو أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة منها ما له طبيعة عقدية بحتة ومنها ما تتوافر له صفات أو أركان القرار الإداري فهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أنّ لها من

[1] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص338.

[2] أحمد حورية، مرجع سابق، ص 16.

[3] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 09.

الإستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن فيها يكون بدعوى الإلغاء.[1]

وتبلورت معالمه نهائيا في حكم المجلس الصادر في 04/اغسطس/ 1905 في قضية Martin حيث قبل المجلس في هذه الدعوى الطعن في القرار الإداري بالتصريح بمنح امتياز لإحدى الشركات بالرغم من أنّ هذا القرار يندرج في عقد الامتياز الذي تدخل المنازعات بشأنه في اختصاص المحاكم الإدارية، وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك التاريخ على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري سواء قدّم من أحد المتعاقدين أومن الغير.[2]

ثانيا : تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

لقد تعددت تعريفات القرارات الادارية المنفصلة ولقد حاولنا اعطاء مجموعة من التعريفات: حيث عرفها الأستاذ محمد ماهر أبو العينين على أنّها قرارات إدارية تكون جزءً من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أوالإداري بناءً على ولايته الكاملة إلا أنّ القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل العمل عليها بالإلغاء على إنفراد، كما تعتبر القرارات القابلة للإنفصال تصرفات قانونية صادرة من طرف الإدارة في إطار عملية مركبة مع امكانية إلغائها على أساس أنّها قائمة بذاتها دون أن يأثر ذلك على كيان العملية ذاتها أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من وراءه .

ويعرفها البعض الأخر بأنها القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه بطبيعتها الأمر الذي يجعل الطعن

[1] اشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية، ص 09.

[2] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 106.

فيها بالإلغاء جائزا.[1]

ويرى أشرف محمد خليل حماد أنّ القرارات المنفصلة مرتبطة بالعملية القانونية المركبة كالعقد الإداري وتتخذ خلالها ، فالعملة العقدية هي في حقيقتها سلسلة متصلة الحلقات وتمثل الحلقات فيها القرارات التمهيدية المساعدة أو المعاونة التي تؤدي إلى القرار النهائي.

كما يُعرف القرار الإداري المنفصل بأنه قرار يكون جزء من بنايات عملية قانونية تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناءً على ولايته الكاملة وتخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء.[2]

وكما تعتبر القرارات الإدارية المنفصلة التي تساهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف اتمامه غير أنّها تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه في طبيعة الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء جائزا فهي قرارات تسبق إبرام العقد نظرا لأنها تمهد لهذا الإبرام ولا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، وباعتبار الطبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية وارتباطه بالمصلحة والمال العاميين، فإنه يمر بمجموعة من المراحل ابتداءً من المرحلة التحضيرية لإبرامه ومرورا بالمصادقة وانتهاءً بالتنفيذ، وخلال هذه المراحل تصدر الإدارة المتعاقدة عدة قرارات إدارية ينتج عنها في كثير من الأحيان عدة إشكاليات قد تتعلق برفض المصادقة والعدول عن المزايدة وفسخ العقد الإداري، وإذا كانت الإدارة تتصرف بإرادتها المنفردة في أغلب مراحل الصفقة العمومية دون اللجوء إلى القضاء، وإنما استنادا إلى نصوص العقد والقواعد العامة لتسيير المرفق العام فإن سلطتها التقديرية

[1] المرجع نفسه، ص 107

[2] جمال عباس احمد عثمان النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، د ط ،المكتب العربي الحديث الاسكندرية، مصر ، 2007 ، ص 168.

ليست مطلقة بل تخضع لمراقبة القضاء.[1]

ثالثا : شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة قبل التطرق إلى شروط إلغائها يجب أولا التعرف على من هم المؤهلون لرفعها، حيث أنه تُرفع دعوى الإلغاء في القرارات الادارية المنفصلة ضمن مجال الصفقات العمومية من طرف شخصين هما :

1- المتعامل المتعاقد. : الأصل فيه أنه لا يمكنه المطالبة بإلغاء قرار ساهم في إتمام الصفقة لأن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يكون سابقا لإبرام العقد ، لكن يمكنه اللجوء إلى قضاء الإلغاء إذا صدر من المصلحة المتعاقدة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى فهنا يكون المتعامل المتعاقد كمواطن عادي له أن يطالب بإلغاء القرار الإداري إذا استوفى شرط المصلحة، وبشرط أن تكون هذه القرارات ليست لها علاقة مباشرة بعقد الصفقة العمومية. [2]

2- الطرف الأخر : المقصود به الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية حيث تضرّر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة. [3]

ولرفع دعوى إلغاء قرارات إدارية منفصلة يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1- أن يكون مقدما من غير المتعامل المتعاقد : إن من الشروط الواجب توافرها في دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل أن يقدم الطلب من غير المتعاقد باعتباره المستفيد الأول من هذه النظرية ولا يمكن تقديمها من المتعامل المتعاقد مع الإدارة لأن له وسيلة أخرى هي دعوى القضاء الكامل، إذن فالغير هو الوحيد المخول برفع دعوى إلغاء القرار

---

[1] لمين دريس، رقابة الالغاء على الصفقات العمومية مجلة القانون والأعمال يوم 23/04/2023 على الساعة20:21www.droitetentreprise.org.

[2] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 117.

[3] المرجع نفسه، ص 118ص 119..

الإداري.[1]

-2- أن يكون الطعن منصب على قرار إداري : يجب أن تكون الدعوى المرفوعة منصبة على إلغاء قرار إداري صادر عن سلطة إدارية عامة في شكل قرار سابق منفصل عن الصفقة في حد ذاتها، حيث تعتبر منفصلة عن الصفقة التي تكون سابقة على امضائها..[2]إذن تكون دعوى الإلغاء منصبة على قرار إداري نهائي له مواصفات القرار الإداري المنفصل وليس ضد العقد ذاته.[3]

باستقراء المادة 819 من القانون 09/08 يتبين أنه يجب إرفاق القرار محل الطعن بدعوى الإلغاء إذا كان الغرض إلغاءه وفي حالة عدم إرفاق القرار يكون تحت طائلة عدم القبول إذا لم يكن هناك مانع مثلا امتناع الإدارة عن إعطائه نسخة.

3- شرط الميعاد في دعوى الإلغاء تعتبر دعوى الإلغاء مقيدة بنطاق زمني وذلك حرصا على استقرار الأوضاع الإدارية حيث يشترط لقبولها أن تُرفع خلال المدة التي حددها القانون.[4]

واستقراء لقانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08 نجد أنه حدد أجل رفع الدعوى بالنسبة للمحاكم الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ تبليغ القرار بنسخة من هذا الأخير أومن تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي[5]

أما بالنسبة لأجل رفع دعوى الإلغاء على مستوى مجلس الدولة واستنادا لنص المادة

---

[1] السعيد سليماني، دور القضاء الاداري في معالجة منازعات عقود الادارة مقال منشور يوم : 26/04/2023 على الساعةhtlm/slimaniessaid.com/travaux 15:22 ص/13/14.

[2] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 461.

[3] عمار عوابدي، القانون الاداري، النشاط الاداري، ج 2، وط4 ،الجزائر، 2007، ص 159.

[4] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 30.

[5] المادة 829 من القانون 09/08

901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تُرفع إبتدائيا نهائيا أمام مجلس الدولة إذا تعلق الإلغاء ضد قرار وزاري أو مرسوم تنفيذي صادر عن الوزير الأول، وهذا ما نجده فيما يخص الصفقات التي تكون من إختصاص السلطات المركزية، حيث نجد المشرع أعطى أجل 4 أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره[1]

والتظلم هنا جوازي وينقطع أجل 4 أشهر حسب المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا تم الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة أوتم طلب مساعدة قضائية أو توفي المدعي أو تغير أهليته أو وجود قوة قاهرة 2

الفرع الثاني: حالات إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية والأحكام الصادرة بخصوصها

أولا: حالات الإلغاء

يقصد بحالات إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية العيوب المثارة ويمكن تلخيصها كالآتي:

1- عيب الاختصاص: ويقصد بركن الإختصاص توافر القدرة على ممارسة العمل القانوني،[3] فالقانون هو الذي يحدد لكل مواطن نطاق إختصاصه، حيث نصت المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10/236 على أنه : لا تصلح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة الآتية[4]:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية.

[1] عمار عوابدي، دعوى الالغاء في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ص 95

[2] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص31

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 465.

[4] بن أحمد حورية، ص 36.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.
- المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري.
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.
- مدير مركز البحث والتنمية.

مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

عيب الإختصاص في مجال الصفقات العمومية : إعلان لجنة تقييم العروض عن إختيار المتعامل المتعاقد ،فإن ذلك لا يدخل ضمن إختصاصاتها وإن أوكل لها التنظيم فرز العروض وتقييمها واستخراج العرض الأحسن إلا أنه سلب منها إختصاص إرساء الاختيار على متعامل بعينه وحصر هذا الاختصاص على ممثل المصلحة المتعاقدة.[1]

2-عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري المنفصل:

يقصد بالشكل أن الإدارة ملزمة باتباع شكل وإجراء عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يكن هناك نص يقيدها بشكل وإجراء معين حيث أنّ الأصل في القرار المنفصل أنه يصدر وفقا لشكليات معينة ككتابته في وثيقة والتوقيع عليها ...حيث هذه الشكليات قد تكون جوهرية أو ثانوية حيث الشكليات الثانوية لا يتم الأخذ بها لإلغاء القرار الاداري وإنما يجب تصحيحها [2]، و أما بالنسبة للإجراءات فهي الإجراءات السابقة عن صدور القرار الإداري كإجراء استشاري أو إحترام مواعيد إصداره أو التقيد بنظام المداولة [3]، و إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإبرام الصفقة العمومية وذلك من خلال نشر المناقصة في الجرائد اليومية لتلقي العروض أمام لجنة فتح الأظرفة ثم لجنة تقييم العروض فإذا

[1] خرشي النوي،مرجع سابق، ص 467.

[2] سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة ط 5 ، دار الفكر العربي، القاهرة 1991، ص 641.

[3] عبد الحفيظ مانع، مرجع سابق، ص 132.

أستبعد أي إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية يكون القرار الإداري محلا للطعن بالإلغاء.[1]

عيب السبب : يعتبر السبب في القرار الإداري في الحالة القانونية التي تصوغ إصدار هذا القرار الإداري من طرف الإدارة ويبقى السبب متعلقا بمدى سلطة الإدارة وإرادتها فيما إذا كانت مقيدة أو تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار الإداري.[2]

إذا اشترط القانون تسبيب القرار الإداري فإن ذلك يجعل من التسبيب شكلا أساسيا في القرار ويؤدي إهماله إلى بطلان العقد ومن الأعمال الواجبة التسبيب إختيار المتعامل المتعاقد، فالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة يستوجب تبيان أسباب إختيار المتعامل المتعاقد ، كما أن التنظيم أوجب تعليل قرار رفض العرض المالي للمتعامل الإقتصادي الذي يبدو عرضه منخفضا بشكل غير عادي.[3]

عيب مخالفة القانون: يكون عيب مخالفة القانون عندما يصدر قرار إداري يخالف الأثار القانونية المتولدة عنه أي في محله قاعدة من قواعد القانون العام سواءً كانت هذه القاعدة دستورية أو تشريعية أو معاهدة دولية أي أنه يجب أن يكون القرار الصادر موافق لما ينص عليه المرسوم الرئاسي 10/236 وكذلك القوانين والمراسيم التابعة له [4]، كما تتم مخالفة القانون في حالة اتخاذ قرار يخالف بصورة مباشرة القواعد القانونية المعمول بها، كما يعتبر مخالفة للقانون التطبيق الخاطئ للقواعد القانونية أو الخطأ في تفسيرها أو توسيع مجال تطبيقها ليشمل مجالات غير التي سُنّت لأجلها ، ويعتبر مخالفا للقانون

[1] بن احمد حورية،مرجع سابق، ص 132.

[2] عمار بوضياف، دعوى الالغاء في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ص 198.

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 473.

[4] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 40.

أيضا اتخاذ قرار بالاستناد على وقائع مادية خاطئة. [1]

ومن صور مخالفة القانون أنه قد يكون مباشر أو غير مباشر وذلك كالآتي:

مخالفة القانون مباشرة : وذلك عندما يصدر قرار إداري يخالف الأثار القانونية المتولدة عنه قاعدة أو أكثر من قواعد القانون كأن يخالف مبدأ دستوري أو قاعدة تشريعية أو مخالفة لمبدأمن المبادئ العامة للقانون، أو عندما تفرض الإدارة الانصياع لحكم قضائي ضدها فإن هذا الرفض يعد بمثابة مخالفة القانون.[2]

مخالفة القانون بطريقة غير مباشرة : يكون عيب مخالفة القانون بصفة غير مباشرة وذلك في الحالات التالية :

– إذا أصدرت السلطات الإدارية قرارا إداري تطبيقا لنص غير النص القانوني الصحيح والواجب تطبيقه.

– إغفال نصوص قانونية نافذة عن إصدار القرارات الإدارية.

صدور قرار إداري بخصوص أوضاع وحالات لا يشمل النص القانوني الذي صدرت القرارات الإدارية تفسيرا وتطبيقا له. [3]

5–**عيب الانحراف في استعمال السلطة** : يعتبر عيب انحراف السلطة استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواءً باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو ابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون الذي من أجله مُنحت لها هذه السلطة[4]، فالقرارات الإدارية يجب أن تستهدف تحقيق الصالح العام وهي قاعدة عامة تحكم جميع أعمال السلطة الإدارية في كل أعمالها حيث أن القانون لم يمنح الادارة

---

[1] خرشي النوي، المرجع السابق، ص 474.

[2] بوالشعور وفاء سلطات القاضي الاداري في دعوى الالغاء في الجزائر، مذكرة ماجيستر ، جامعة باجي مختار، عنابة 2010/2011، ص 90.

[3] المرجع نفسه، ص91.

[4] أحمد علي أحمد محمد الصغيري، القرار الإداري في كل من فرنسا والإمارات ودور المحاكم في إلغائه، دار الفكر العربي2008، ص 302

العمومية السلطات والامتيازات التي تتمتع بها، لكنه اعتبرها وسيلة تساعد على تحقيق الصالح العام ولذلك فإنه أي عمل تقوم الإدارة العمومية به من أجل تحقيق مصلحة شخصية هو عمل غير قانوني.1

ويقصد بالمصلحة العامة أن القرار الإداري يجب أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من حيث الاستجابة لمتطلبات الجمهور [2]، حيث تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهياكلها مع احتياجات المواطنين ويجب أن توضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة.[3]

فإن كان إصدار القرار الإداري هدفه أغراض شخصية أو محاباة للغير أو بغرض الانتقام يكون مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة.[4]

ومن خصائصه أنه عيب يقع على الغاية من القرار ويتعلق بنفسية المُصْدِر ونواياه وما أراد من تحقيقه من اصدار القرار وهو عيب لا يتعلق بالنظام العام فلا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه بل للطاعن أن يتمسك به[5]، ومن صور عيب الهدف:

أن يكون الهدف المرجو من اصدار هذا القرار الإداري هو المصلحة الخاصة [6]، أي عندما ترغب الهيئة الإدارية في الانتقام الشخصي أو لضغينة كالقرار المتضمن رفض منح رخصة لمزاولة نشاط تجاري من طرف سلطة محلية رغم استفاء طالبها لكل

---

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، ط 4 ، دارالمجد للنش والتوزيع، سطيف الجزائر،ص262

[2] مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقة العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة ابي بكر بالقايد، تلمسان،2007/2008.

[3] المادة 06 من المرسوم 88/131 المؤرخ في 04/07/1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن.

[4] مانع عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 133.

[5] بوالشعور وفاء، مرجع سابق، ص 80/81.

[6] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 473.

الشروط القانونية بهدف منع منافسة طالبها للنشاط التجاري المماثل الذي تملكه السلطة المحلية أو بهدف الانتقام منه لخلاف شخصي سابق بينهما[1].

* أن تتصرف الادارة بمصلحة غير المصلحة المعلن عنها.

* أن تسلك الادارة اجراءات وتتخذ وسائل غير قانونية.

ويمكن أن يظهر هذا العيب عند تحديد الخصائص التقنية كتحديدها بطريقة متعسفة لا يستدعيها موضوع الصفقة، حيث يؤدي هذا التحديد إلى إعطاء أسبقية لطرف على حساب طرف آخر، وأن يكون الهدف منه استبعاد أطراف أخرى عن المنافسة مثلا أو إدخال معايير إختيار لا علاقة لها بحسن إختيار العروض.[2]

ثانيا: الأحكام الصادرة عن دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية قبل التطرق إلى الأحكام التي يمكن صدورها من قاضي الإلغاء فيما يخص إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يجدر بنا الإشارة أولا إلى مدى حجية هذه الأحكام، ولذلك سوف نتطرق أولا إلى مدى حجية الأحكام ثم ثانيا إلى الأحكام الصادرة .

1-مدى حجية الأحكام: إنّ القاعدة العامة في الحجية هي أن الأحكام القضائية النهائية تحوز حجية الأمر المقضي به وهذه القاعدة هي التي تسري على أحكام الإلغاء.[3]

لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر إلى أن إلغاء القرارات المنفصلة في

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف في استعمال السلطة كسبب لإلغاء القرار الاداري دار الفكر الجامعي الاسكندرية2002، ص 159.

[2] خرشي النوي، مرجع سابق،ص 474.

[3] مصعب القطاونة، حجية الحكم الصادر في دعوى الإلغاء منتدى المقالات والأبحاث والدراسات القانونية المدنية والشرعية واصول البحث العلمي،يوم 25/04/2023 على الساعة 19:00 ، wwww.lawjo.net، ص02.

حالة العقود الإدارية وحدها فقط لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد بل يبقى سليما ونافذا حتى يتمسك أحد أطرافه بحكم الإلغاء أمام قاضي العقد وعندها يجوز لهذا الأخير أن يحكم بإلغائه استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في اتمام عملية العقد إلاّ أن الفقه كان مخالفا لرأي المجلس حيث رأى وعلى رأسهم الفقيه Weill أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة إنّما هو مجرد قبول دعوى الإلغاء، ولكن عند النظر إلى شرعية العملية برمتها يجب أن يُنظر إلى العملية ككل لا يتجزأ فيبطل العقد إذا بطل أي قرار كان أساسا لإصداره، والملاحظ على أن مجلس الدولة الفرنسي قد ساير الفقه وذلك من خلال حكمه الصادر في 01/03/1954 في قضية société d'énergie industrielle فهذا الحكم قضى بإلغاء القرار الصادر بالتصديق على العقد الإداري، الذي جعل طلب التفسير المقدم للمجلس غير موضوعي لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها بالرغم من أنه لا الإدارة ولا المتعاقد معها قد طلب أمام قاضي العقد ترتيب الآثار التي تتولد عن الحكم الصادر بالإلغاء ، إذا فهذا الرأي أكثر إنسجاما مع طبيعة الحكم بالإلغاء الذي يتميز بالحجية المطلقة وان إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي تلقائيا إلى إلغاء العقد حتى ولولم يتمسك أطراف العقد أو الغير بأحد مبادئ تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في الحرية والمساواة والشفافية أو الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة. [1]

2- الأحكام الصادرة بخصوص إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية:

بعد قيام القضاة المختصين بالتحقيق تنعقد الجلسة علانية، ولا يمكن أن تكون جلسات

[1] كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 119/120/121

القضاء الإداري سرية إلا اذا كانت علانيتها خطرا على النظام العام، وقبل الفصل في الموضوع يتم الفصل في الجوانب الشكلية إما بقبول الدعوى أو رفضها شكلا أوحكم بعدم الإختصاص، أو رفضها موضوعا أو التصريح بإلغاء القرار المطعون فيه أو عدم إلغائه.[1]

حيث لا يمكن للقضاة أن يحكموا أكثر مما طلب الخصوم ولا يمكنه أن يأمر الإدارة مصدرة القرار بعمل ما ، كما لا يمكنه أن يحل محلها .[2]

ويكون حكم قضاة الإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة إما بوفق التنفيذ أوإلغاء القرار 2/1 وقف التنفيذ: يمكن للمدعي رفع دعواه بهدف وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة ضده، ورغم أن وقف التنفيذ نادرا ما يتم إصدار حكم بوقف التنفيذ، وذلك بصفة استثنائية عندما يستطيع المدعي تأسيس دعواه على وسائل تؤكد للقاضي أن دعوى الإلغاء المصاحبة إجبارا لدعوى وقف التنفيذ لا محالة إلى الإلغاء ويجب على المدعي للحصول على وقف التنفيذ أن يثبت أنّ استمرار تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه يجعل تدارك أثر التنفيذ أو إصلاح المخاطر الناجمة عنه أمراً متعذرا.[3]

2/2 إلغاء القرار الاداري : في حالة التعسف في إستعمال السلطة للقاضي أن يحكم بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، حيث ينتج عن هذا الحكم إلغاء جميع القرارات

---

[1] فريجة حسين، إجراءات دعوى الإلغاء في الجزائر ، مجلة الادارة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 23، الجزائر،2002 ، ص 97.

[2] نور الوجود كريم النفس، رقابة القضاء الاداري على الأعمال الادارية المنفصلة عن العقود، مذكرة ماجستير في اطار مدرسة الدكتوراه، جامعة الجزائر – 1 – كلية الحقوق بن عكنون، مدرسة دكتوراه لجامعة الاغواط ،2012/2013، ص 72.

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص475.

المتخذة تطبيقا له باستثناء الحقوق المكتسبة حيث يعتبر القرار الملغى عديم الأثر ، غير أنه لا يمكن إلغاء قرار تم تنفيذه كليا، حيث أنّ التنفيذ الكلي للقرار يجعل الحكم بالإلغاء دون جدوى وهذا القرار القضائي المتعلق بالإلغاء يحوز حجية الشيء المقضي به حيث يتعين على الإدارة تنفيذ الحكم.[1]

[1] خرشي النوي، المرجع نفسه، ص 475/476.

المبحث الثالث: رقابة القضاء الكامل على الصفقات العمومية:

يقصد بالقضاء الكامل : أنّ القاضي لديه جميع الصلاحيات فهو يقرر وجود الحق من عدمه ثم يبحث في وقوع الضرر عليه من قبل عمل الإدارة، ومدى مشروعية هذا العمل، ثم إلغاءه في حال كان غير مشروع، ثم يقرر التعويض لصالح المتضرر، ولهذا فالمشرع الجزائري استخلص أن منازعات العقود الإدارية تنتمي إلى دعاوى القضاء الكامل[1]، فمن صفات دعوى القضاء الكامل أنها تقوم بين خصوم يتنازعون عن حقوق كما يجب أن تكون الشكوى ضد قرار مسبق صريح، فالمتضرر هنا يطالب بتعويض يوازي الأضرار التي ألحقتها الإدارة بمركزه القانوني الشخصي [2]، وقد سمي بدعاوى القضاء الكامل نظرا لدور القاضي الذي يتمثل في إعادة الحال إلى مكان عليه وإرجاع الحقوق لأصحابها.

ومن شروط رفع الدعاوى المتعلقة بالقضاء الكامل : أن ترفع من طرف المتعاقدين فقط ولا يفتح أمام المتعاملون الثانويون ولا الأطراف الأجنبية لإنعدام شرط المصلحة، كما يشترط أيضا أن يتعرض المتعامل المتعاقد إلى حالة تعدي لحق من حقوقه النابعة عن الالتزامات التعاقدية المتبادلة في إطار الصفقة ويكون هذا التعدي ناتج عن فعل الطرف الآخر للعقد، ويجب إحترام الآجال في رفع الدعوى إذا تم اللجوء إلى التظلم[3].

ولدعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية صورتين سوف نتطرق لدراستهما في مطلبين.

---

[1] عمار عوابدي، النظرية العامة لمنازعات الإدارية في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص229

[2] عبد الرحمان تيشوري الرقابة القضائية على اعمال الادارة القضاء الكامل المرفق ، مقال منشور يوم 27/07/2015 على الساعة 04:25 www.ahewar.org

[3] خرشي النوي، مرجع سابق، ص 479-480.

المطلب الأول : دعوى الفسخ في مجال الصفقات العمومية

إنّ للإدارة سلطة فسخ العقود بالإرادة المنفردة لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة يمس بالمصلحة مراعاة لمبدأ العلانية والتكيف الذي يحكم المرافق العامة، فإذا رأت الإدارة أنه العامة يتم الفسخ [1] ، أو إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وفي حالة لم يتدارك المتعامل المتعاقد تقصيره خلال الأجل المحدد، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد [2]، لكن المتعامل المتعاقد لا يمكنه فسخ الصفقة مباشرةً لأنه ليس له هذا الحق بل يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء المختص لفسخ هذا العقد حيث سوف نحاول أن نتعرض من خلال هذا المطلب إلى تعريف الفسخ وحالاته.

الفرع الأول : تعريف الفسخ

بالرجوع إلى المادة 08 من المرسوم 10/236 فالصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة المذكورة سابقا مع إمكانية قيام هذه السلطات بتفويض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها ففي حالة مخالفة الإدارة لإجراءات إبرام العقد فالعقد يخرج من إطار المشروعية إلى اللامشروعية إستنادا لمبدأ ما بني على باطل فهو باطل، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره [3]الصادر بتاريخ 05/12/3.1934 فالقاضي يملك الحكم بفسخ الصفقة العمومية لخطأ الإدارة بناءً على طلب المتعامل المتعاقد، وهولا ينطق بهذا الحكم إلا إذا أرتكب خطأ جسيم من طرف الإدارة، كعدولها دون سبب معقول

---

[1] بن احمد حورية ، مرجع سابق، ص 93

[2] المادة 112 مرسوم 10/236

[3] خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر،2013-2012، ص 209.

عن موضوع الصفقة العمومية، أو تأخرها الطويل في البدء في التنفيذ، فهذا يؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية، إضافة لما يترتب عنه من فرض عقوبات مالية.[1]

ولمعرفة المزيد عن الفسخ يجب التعرض على حالاته.

الفرع الثاني: حالات الفسخ

إنّ الحالات التي يعتمد عليها القاضي في إصداره حكم الفسخ هي:

أولا: الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية

إنّ القانون قد اشترط على المتعامل المتعاقد صراحة على وجوب اللجوء إلى القضاء الإداري للحصول على حكم قضائي بفسخ الصفقة العمومية، إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالا جسيما كإخلالها بأداء المقابل المالي أو إخلالها بالتزاماتها بتمكينه من البدء في التنفيذ فإذا توفرت إحدى هذه الاختلالات قضى القاضي بفسخ الصفقة.[2]

ثانيا : الفسخ بسبب القوة القاهرة

القوة القاهرة: هي حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وأنّ القوة القاهرة التي تؤدي إلى الفسخ القضائي للعقد هي التي يسهل تجاوزها والتي من شأنها قلب التوازن المالي للعقد نهائيا، لكن القاضي الإداري قد يتأخر في لفظ عبارة الفسخ بانتظار أن يستكمل تدخله بمحاولة دعوة الأطراف المتعاقدة إلى ترميم الصفقة للمصالحة من أجل إعادة توازنه، مع العلم أنّها ليست من اختصاصه ولكن المصلحة العامة تفرض وتقبل هذا النوع من التدخل.[3]

ثالثا: الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة

---

[1] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 93- 94-95.

[2] عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، دون طبعة ، منشأة المعارف، مصر 2003، ص 150.

[3] محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية ، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1997 ص 43.

بما أنّ الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وجب أن تتمتع بإمتياز إتجاه المتعاقد معها، وبالرجوع إلى نص المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10/236 نجد أنها أجازت للإدارة في جميع الصفقات العمومية أن تعدّل بنداً أو بنوداً بالزيادة أو النقصان وذلك حسب شروط هي:

أن يكون التعديل مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة.

أن لا يؤدي التعديل إلى المساس بجوهر الصفقة.

أن يتعلق التعديل إما بالنقصان أو الزيادة مع مراعاة السقف المالي المحدد في المادة 106 من هذا المرسوم.

حيث أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري، الذي يسعى إلى مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام ومدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عليها تشريعيا وهنا يقرر القاضي اذا كان هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه [1]، فإذا ثبت ذلك جاز للقاضي الإداري الحكم بفسخ الرابطة التعاقدية بناءً على تجاوز المصلحة المتعاقدة لحدودها في تعديل الصفقة العمومية.[2]

المطلب الثاني: دعوى التعويض في مجال الصفقات العمومية

[1] عمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 151

[2] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 151.

المبدأ القانوني العام هو :" أن كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان مسبباً في حدوثه بالتعويض[1]

ولقد عرف الفقه دعوى التعويض بأنّها دعوى من خلالها يطلب صاحب الشأن من الجهة القضائية المختصة القضاء له بمبلغ من المال تلزم إدارة ما أو هيئة بدفعه نتيجة ضرر أصابه. [2]

إذن للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري إذا لحقه ضرر من الإدارة بالتعويض عن تلك الأضرار التي تكون ناتجة عن بعض الإجراءات والحوادث التي تعترض مسار تنفيذ الصفقات العمومية، شرط أن لا يكون هو المتسبب فيها كأن تقتصر الإدارة في تنفيذ التزاماتها أوخطأ بدون بحيث تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر رغم عدم وجود أي خطأ.

كما تعرّف دعوى التعويض على أنها الدعوى التي يحركها ويرفعها أصحاب الشأن والمصلحة إلى جهة القضاء المختصة للمطالبة بالتعويض عما أصابهم من أضرار بفعل العاملين العامين وبسبب سير الأعمال والأنشطة الإدارية، أو للمطالبة بحقوق نقدية في مواجهة السلطات الإدارية المتعاقدة. [3]

حيث تكون الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد عن الأضرار الناجمة عن خطئها وإعادة التوازن المالي للصفقة وسوف نعرضهم كالتالي:

أولا: إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها تقوم المسؤولية على أساس الخطأ على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. فالأصل أنه يتعين

---

[1] باية سكاكسني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، ط02، دار ،هومة بوزريعة الجزائر، 2006، ص53 .

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 107.

[3] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 111 إلى 113

على رافع هذه الدعوى إثبات خطأ الإدارة المدعى عليها فعبء إثبات الخطأ من جانب الجهة الإدارية هو الذي يكفل له حق المطالبة بجبر الضرر عن طريق التعويض، وفي القضاء الإداري يصعب إثبات عبء الخطأ فمتى اقتنع القضاء الإداري بأن الإدارة المدعى عليها هي المتسببة في الضرر عن طريق أعوانها أو وسائلها تعين عليها الحكم بالتعويض للمتضرر أو المتضررين فالإدارة حين تمتنع عن تنفيذ حكم قضائي فهذا يشكل خطأ من جانبها موجب لمسائلتها قانونا وإلزامها بدفع تعويض للمتضرر .[1]

كما ينبغي الإشارة إلى أنه مجرد وقوع الخطأ من جانب الإدارة لا يترتب عليها مسؤوليتها مالم ينجم عن هذا الخطأ حدوث ضرر للغير، فالضرر هو الموجب لمسؤولية الإدارة في جبر الضرر الذي مسَّ الغير ويشترط في الضرر أن ينسب للإدارة سواء من خلال موظفيها أو وسائلها وعلى المدعي يقع عبء إثبات ذلك، ويجب أن يكون الضرر محققا ويكون قابلا للتقويم، ويستطيع القضاء الاستعانة بخبرة تقنية في الموضوع.

وحتى تسأل الإدارة وتلزم بدفع التعويض بالإضافة إلى الخطأ والضرر وجب توافر ركن العلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر المحقق وعلى المدعي إثبات أن نشاط الإدارة أو أحد وسائلها قد تسبب في حدوث الضرر، وتستطيع الإدارة من موقع الدفاع أن تنفي وجود العلاقة السببية فتثبت للقاضي أن الضرر الواقع قد تسببت فيه ظروف أخرى أو نتج عن مصدر آخر كأن تثبت أن الضرر مصدره تصرف تابع لإدارة أخرى ولم يقم به الموظف التابع لها فإن ثبت ذلك لا يمكن تحميلها المسؤولية الإدارية لانتفاء ركن السبب، إذن مهمة القضاء الإداري تكمن في الربط بين مختلف الوقائع وصولا للنتيجة بقبول الدعوى أو رفضها.[2]

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 134

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص134-135.

حيث سوف نحاول من خلال هذا الفرع تبيان أين يكمن خطأ الإدارة الذي ينجم عنه تعويض للمتضرر.

1 إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية : فبموجب إبرام الصفقة العمومية تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها وإخلال الإدارة بهاته الالتزامات يولّد مسؤوليتها المنتجة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر، ، وما فاته من كسب، و إلتزامات المصلحة المتعاقدة عديدة ومتنوعة وهي تعتبر حقوقا بالنسبة للمتعاقد معها وهي عدم التزام الإدارة بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ وعدم التزامها بأداء المقابل المالي .[1]

* عدم التزام الإدارة بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ: يصنف هذا الالتزام إلى عدة صور :

-عدم تسليم المصلحة المتعاقدة موقع التنفيذ للمتعاقد معها.

- عدم تقديم المصلحة المتعاقدة الدفعة الأولى مقدما.

- مسؤولية المصلحة المتعاقدة بعدم تسليمها موقع الصفقة خالٍ من العوائق.

- مسؤولية المصلحة المتعاقدة لعدم تقديمها التراخيص اللازمة

-عدم تقديم المصلحة المتعاقدة لمواد الضرورية للتنفيذ.

اخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية: ويتمثل في:

-الإخلال بالتزام أداء المقابل المالي للصفقة العمومية.

- تأخر المصلحة المتعاقدة في الوفاء بالتزاماتها بأداء المقابل المادي.

-تأخر الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي.

3 استعمال المصلحة المتعاقدة غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية : ويكون ذلك في

[1] المرجع نفسه، ص 159.

ممارسة الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسلطات غير ممنوحة لها أو غير مشروعة قانونا لها وهي:

-إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطتي الرقابة والإشراف.

-إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطة التعديل.

-إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات.

- إستعمال الإدارة غير المشروع لسلطة انهاء الصفقة العمومية.[1]

الفرع الثاني : إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

إنَّ المقابل المالي المحدد في العقد مبدئيا لا يمكن تغييره، فالمتعاقد مع الإدارة شأنه شأن الإدارة يجب عليه أن ينفذ التزاماته بالثمن المتفق عليه، إلا أنّ بعض الأحداث غير المتوقعة يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة، وتؤدي في تغيير وضع العقد فتجعل تنفيذه باهض الكلفة للمتعاقد مع الإدارة وقد تنتهي بإفلاسه وقد تؤدي إلى عجز المتعاقد مع الإدارة في مواصلة الوفاء بالتزاماته وهذا بدوره يؤدي إلى انقطاع العمل بالمرفق العمومي.[2]

المتعاقد وتعتبر نظرية التوازن المالي للعقد نظرية قضائية، وبعود سر إقرار هذه النظرية أن مع الإدارة يلزم في كل الحالات بالوفاء بالتزاماته وتنفيذ ما تعهد به ولا يحق له التوقف عن أداء الخدمة بحجة ارتفاع الأسعار في بعض المواد مثلا، وإن فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية يوجب علينا دراسة حالة التعويض[3] وهي :

1. ظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
2. نظرية فعل الأمير.

[1] انظر بن احمد حورية، مرجع سابق، ص97 - 111

[2] ناصر لباد، مرجع سابق، ص 296-297.

[3] بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص118-119.

3. نظرية الظروف الطارئة.

1/ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : يصادف المتعاقد مع الإدارة في بعض الأحيان وخاصة مع الإدارة عقود الأشغال صعوبات مادية غير متوقعة لم تدخل في حساب طرفي العقد عند التعاقد وتجعل تنفيذ الإلتزام أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، وفي هذه الحالة أدرج القضاء الفرنسي في فرنسا على ضرورة تعويض المتعاقد إذا أدت الصعوبات التي واجهته إلى قلب اقتصاديات العقد على أساس أن النية المشتركة لأطراف العقد إتجهت إلى أن الأسعار المتفق عليها إنما وضعت في ظل الظروف العادية وأن أي زيادة في الأسعار بسبب الصعوبات المادية تتطلب تقرير خاص يتناسب معها وغالبا ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادفت المتعاقد لحفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعه توقعها رغم ما اتخذه من حيطة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ ويشترط لتطبيق هذه النظرية توفر الشروط الآتية:

- أن تكون الصعوبات مادية.
- أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية.
- أن تكون الصعوبات المادية طارئة أو غير متوقعة.
- أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن تلحق اضطراب في التوازن المالي للعقد.
- أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد طرفي العقد.
- أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد.

وحيث يترتب على توافر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها، وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار

المتفق عليها .[1]

2/ نظرية فعل الأمير:

هي كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليها بصفة عامة المخاطر الإدارية. وهذه الإجراءات التي تدخل وضع إداري غير متوقع أي تدخل أعباء إضافية يمكن أن تكون ذات طابع عام أو ذات طابع خاص، وأن هذه الإجراءات ينتج عنها أنها تثقل في بعض الأحيان بصفة خطيرة شروط تنفيذ العقد ولكن دون أن يؤدي هذا إلى معارضة أو توقيف في التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة .[2]

ولقد عرفها الأستاذ محمد الصغير بعلي على أنه : التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها بصورة جدية، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الإستمرار في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات تبعا لمحل وموضوع العقد الإداري."[3]

ومن خلال ما سبق استنتاج الشروط الواجبة لتطبيق نظرية فعل الأمير وهي:

*وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد.

*عدم توقع الفعل للمتعاقد.

---

[1] منتدى قوانين قطر، بحث في نظرية عمل الأمير الظروف الطارئة / الصعوبات المادية على الساعة 23.34 يوم08/22/2023 www.mn940.net

[2] مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، 2008،ص236

[3] محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، ص 89.

2/1 وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد : لا ترتب مسؤولية فعل الأمير التعويض إلا في حالة وجود علاقة تعاقدية أي وجود متعاقد ومصلحة متعاقدة ويكون الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط المتعاقد إلى حدٍ يخل بالتوازن المالي للعقد ويشترط في الضرر درجة معينة من الجسامة[1]

وبرى بعض الفقهاء في تحديد أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بأن المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية مسؤولية على أساس المخاطر، فينبغي على المتعاقد حتى يتقرر له التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر حيث يجب أن يكون الضرر من الفعل الضار ويؤدي إلى خسارة واضحة ويجب أن يكون الضرر محددا ومباشرا. [2]

2/2 عدم توقع الفعل للمتعاقد : عند إبرام العقد يجب أن لا يكون المتعاقد عالما بهذا الإجراء أي غير متفق عليه مع الإدارة ، فإذا توقعت نصوص العقد هذا الإجراء لم يكن للمتعاقد الحق في طلب التعويض بحجة أنه متضرر [3] ، فلو كانت هذه الإجراءات متوقعة ومعروفة عند التعاقد فلا يطبق عليها صفة فعل الأمير ولا يستحق المتعاقد أي تعويض.[4]

مقتضى هذه النظرية أنه إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إداري غير الجهة الإدارة المتعاقدة أومن عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن

---

[1] بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة2013/2014، ص21.ص22

[2] بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة2013/2014، ص21.ص22

[3] مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص246

[4] – بوشارب الزهرة، مرجع سابق، ص 26.

تنزل خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالا جسيما فإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسائر التي ألحقت بها طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضمان لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ويقتصر دور القاضي الإداري هنا على الحكم بالتعويض دون أن يكون له الحق في تعديل العقد.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة هنا ثلاث شروط هي:

أن يكون هناك حوادث استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها.

أن تكون الحوادث أجنبية عن العقد أي ليست ناتجة عن عمل أو إخلال الإدارة بالتزاماتها. أن يكون من شأن هذه الحوادث الإخلال الجسيم بالتوازن المالي للعقد فالتعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة هو تعويض جزئي عن الخسائر المحققة.[1]

[1] عادل عمار، نظرية الظروف الطارئة، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، على الساعة 23:08 يوم 24/08/ 2023www.f-law.net.

خلاصة الفصل:

من خلال إستعراضنا لرقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية على مستوى المحاكم الإدارية و المتمثلة أساسا في قسم قضاء الاستعجال والإلغاء والقضاء الكامل.

نجد المشرع الجزائري قد أنصف في دعوى الاستعجال المتعامل المتعاقد في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار أو المنافسة وفي ذلك يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها أو فرض غرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها أو تأجيل إمضاء العقد.

وأما بالنسبة لقضاء الإلغاء فقد أقر المشرع الجزائري في حال ثبوت إصدار قرارات إدارية منفصلة عن العقد وغير مشروعة بوقف تنفيذ العقد أو بإلغاء القرار الإداري في حالة التعسف في استعمال السلطة.

وحالي بالذكر أنه يتقرر فسخ الصفقة العمومية في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو بسبب القوة القاهرة أو في حق الإدارة في تعديل الصفقة، ويمكن للقاضي الإداري أن يلزم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطئها أوفي حالة إعادة التوازن المالي للعقد.

إذن فالقاضي الإداري له كل الصلاحيات القضائية في حال ثبوت إحدى هذه الإخلالات بالنطق بالحكم الواجب تطبيقه.

الخاتمة

خاتمة

ولقد خلصنا في نهاية الأمر أن المشرع الجزائري و من خلال تنظيم قانون الصفقات العمومية على حماية المال العام وترشيد النفقات لتحقيق الفعالية و النجاعة و بالنسبة للرقابة القضائية على الصفقات العمومية حيث نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول فإن مسألة الاختصاص النوعي أثارت جدل و مناقشات قانونية حول مدى إختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعات صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية و التجارية و الصناعية وهو ما جعلنا نتخذه كموضوع للمذكر متسائلين عن مدى اختصاص الإداري للفصل في منازعات صفقات هذه المؤسسات.

إن الطبيعة الإدارية لأحكام الصفقات العمومية والتي تتنافى مع اختصاص القضاء العادي دفعت القضاء الإداري الجزائري للخروج عن المعيار العضوي و اقراره باختصاص القضاء العادي في منازعات الصفقات هذه المؤسسات بالاعتماد على معايير أخرى تتمثل في المعيار المادي أو الموضوعي و المعيار المالي أي تمويل صفقات هذه المؤسسات من خزينة الدولة

أهم التوصيات المقترحة: التي خرجنا بها من هذه الدراسة :

-وضع نظام قانوني محدد للتحالفات الصناعية مع تخصيص باب كامل خاص بالتجمع المؤقت للمؤسسات في اطار تنظيم الصفقات يتم توضيح فيه كل نواحي و جوانب هذا التجمع خاصة تلك المتعلقة بالمنازعات الطارئة عن تنفيذ الصفقات من خلال التجمع المؤقت للمؤسسات.

- إلزام المصالح المتعاقدة بإمكانية ادراج في إعلانات طلب العروض عن حاجتها أنت تطلب فقط العروض في اطار التجمع، هذا سيخلق نوع من الترابط بين المؤسسات و ليس لها حل إلا التجمع من أجل أن يتم اختيارها كمتعامل متعاقد.

- لابد للمشرع أن يوضح إن كان يمكن أن يتواجد عقد صفقات أطرافه أي كلا طرفيه تجمع مؤقت للمؤسسات العمومية الصناعية و التجارية كمصلحة متعاقدة و كمتعامل اقتصادي ، و تبيان اللجنة المكلفة برقابة هذه الصفقات.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

قائمة المراجع:

القرآن الكريم

المعاجم والموسوعات

الكتب

1) أحمد علي أحمد محمد الصغيري، القرار الإداري في كل من فرنسا والإمارات ودور المحاكم في إلغائه، دار الفكر العربي2008.
2) جمال عباس احمد عثمان النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال الغاء العقود في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، د ط ،المكتب العربي الحديث الاسكندرية، مصر ، 2007.
3) د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة 5، 1991.
4) سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الادارية دراسة مقارنة ط 5 ، دار الفكر العربي، القاهرة 1991.
5) شنطاوي علي خاطر، موسوعة القضاء الاداري، الجزء الاول والثاني، ط 1 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2004، ص 368/369اشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال في مجال العقود الادارية، ص 09.
6) عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات الادارية والعقود الادارية، د ط دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010.
7) عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، دون طبعة ، منشأة المعارف، مصر 2003.

8) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف في استعمال السلطة كسبب لإلغاء القرار الاداري دار الفكر الجامعي الاسكندرية2002.
9) عزالدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المنية والإدارية، دون طبعة، دار النشر جيلطي الجزائر 2012.
10) عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية ، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للمنازعة الادارية، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر ، 2013.
11) عمار عوابدي، القانون الاداري، النشاط الاداري، ج 2، وط4 ،الجزائر، 2007.
12) عمار عوابدي، النظرية العامة لمنازعات الإدارية في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.
13) عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الادارة العامة في النظام الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر ، 1994.
14) كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار النشر جيطلي، سنة 2012.

الرسائل الجامعية:

1. أمل يعيش تمام، سلطات القاضي الاداري في توجيه اوامر للإدارة رسالة دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة2011.
2. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير،جامعة تلمسان ، 2010/2011
3. بوالشعور وفاء سلطات القاضي الاداري في دعوى الالغاء في الجزائر، مذكرة ماجيستر ، جامعة باجي مختار، عنابة 2010/2011.
4. بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة2013/2014.
5. بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة

ماستر ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة2013/2014.

6. حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، جوان 2015.
7. خضري حمزة منازعات الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2004/2005.
8. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر،2013-2012.
9. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقة العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة ابي بكر بالقايد، تلمسان،2007/2008.
10. ملوك صالح، النظام القانوني للمحاكم الادارية، مذكرة ماجستير، جامعة بن يونس خدة، الجزائر، 2010-2011.
11. نصيبي الزهرة، الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، 2011/2012 .
12. نور الوجود كريم النفس، رقابة القضاء الاداري على الأعمال الادارية المنفصلة عن العقود، مذكرة ماجستير في اطار مدرسة الدكتوراه، جامعة الجزائر - 1 - كلية الحقوق بن عكنون، مدرسة دكتوراه لجامعة الاغواط ،2012/2013،.

المجلات العلمية:

1.فريجة حسين، إجراءات دعوى الإلغاء في الجزائر ، مجلة الادارة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 23، الجزائر،2002 .

2.لمين دريس، رقابة الالغاء على الصفقات العمومية مجلة القانون والأعمال يوم 23/04/2023 على الساعة.www.droitetentreprise.org20:21

النصوص التشريعية والقوانين و المراسيم:

1. الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52، الصادرة في [1]
2. قانون 90-32 ممضى في 04 ديسمبر 1990، جريدة رقم 53 مؤرخة في 05 ديسمبر 1990، الصفحة 1690، يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره.
3. القانون رقم08/09 المؤرخ في 18/صفر / 1429 الموافق 25 فبراير/2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
4. قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 011052 بتاريخ 20/10/2014 ، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد8، سنة 2006 ، ص 175.
5. المادة 06 من المرسوم 88/131 المؤرخ في 04/07/1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن.
6. المادة 112 مرسوم 10/236
7. المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08
8. المادة 21 من المرسوم الرئاسي 02-250.
9. المادة 22 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 02-250.
10. المادة 25 من المرسوم الرئاسي 02-250.
11. المادة 27 من المرسوم الرئاسي 02-250.
12. المادة 28 من المرسوم الرئاسي 02-250.
13. المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250.
14. المادة 829 من القانون 09/08
15. المادة 925 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08
16. المادة 940، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08
17. المادة 946، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08
18. المادة 996 ف 1 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08
19. المادتين 26 و32 من المرسوم الرئاسي 02-250.

20. المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 2002/07/25، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 52، الصادرة

21. المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في 04/10/، 1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم 15، الصادرة في1

باية سكاكسني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، ط 02، دار ،هومة بوزريعة الجزائر، 2006.

رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، الدعاوى وطرق الطعن الادارية الجزء 02 ، الطبعة 02 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2013.

السعيد سليماني، دور القضاء الاداري في معالجة منازعات عقود الادارة مقال منشور يوم : 26/07/2015 على الساعة htlm/slimaniessaid.com/travaux 15:22 ص/13/14.

عادل عمار، نظرية الظروف الطارئة، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، على الساعة 23:08 يوم 24/08/ 2023www.f-law.net.

عمار بوضياف، دعوى الالغاء في قانون الاجراءات المدنية والإدارية..

محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة .

محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية ، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1997.

مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية الانظمة القضائية المقارنة و المنازعات الادارية ،الطبعة 3، الجزء الاول، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، 2005.

مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ج الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 128، دون سنة نشر.

مصعب القطاونة، حجية الحكم الصادر في دعوى الإلغاء منتدى المقالات والأبحاث والدراسات القانونية المدنية والشرعية واصول البحث العلمي،يوم 25/04/2023 على الساعة 19:00 ، wwww.lawjo.net،

مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ، 2008.

منتدى قوانين قطر، بحث في نظرية عمل الأمير الظروف الطارئة / الصعوبات المادية على الساعة 23.34 يوم22/04/2023 www.mn940.net

ناصر الباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى 2004 .

ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سطسف الجزائر.

ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، ط 4 ، دارالمجد للنش والتوزيع، سطيف الجزائر.

النوي خرشي ، تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر.

المراجع باللغة الجنبية:

1. CE 4/03/1910 Théron, M .Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois ; les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Idem P.130.
2. René Chapus, Op cit, P 1050.
3. [1]المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والادارية 09/08
4. " L'adjudication est la procédure selon laquelle le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant ".
5. " l'appel d'offre est la procédure visant à obtenir les offres ……et à attribuer le marché au soumissionnaire présentant les offres jugées les plus favorables"
6. .
7. Cité par : Georges Dupuis, Marie José Guédon, Patrice Chrétien, Droit administratif 10ème édition DALLOZ 2007.
8. M.Long, P. Weil, G.Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois; les grands arrêts de la jurisprudence administrative, OP.Cit, P.230.

قائمة الفهارس

قائمة الفهارس:

الاهداء.....

الشكرو العرفان.....

مقدمة 1

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي

للصفقات العمومية في المؤسسات ذات الطابع التجاري..... 4

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية و طرق الابرام:..... 6

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية..... 6

المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقة. 8

المبحث الثاني: المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري. 15

المطلب الأول : ظهور المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري. 15

المطلب الثاني: مفهوم المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري. 16

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

المبحث الأول: رقابة القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية 21

المطلب الأول: رقابة قضاء دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية 22

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية 27

المبحث الثاني: رقابة قضاء الالغاء على الصفقات العمومية.....32

المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الالغاء بالنسبة لمادة الصفقات العمومية 32

المطلب الثاني: نطاق دعوى الإلغاء في مادة الصفقات العمومية.....36

المبحث الثالث: رقابة القضاء الكامل على الصفقات العمومية: 53

المطلب الأول : دعوى الفسخ في مجال الصفقات العمومية.....54

المطلب الثاني: دعوى التعويض في مجال الصفقات العمومية 56

خلاصة الفصل:.....65

خاتمة.....67

قائمة المصادر و المراجع:.....70

قائمة المراجع:.....70

قائمة الفهارس.....76