

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق  
قسم: القانون العام  
فرع: التنظيم الاقتصادي

# منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

إشراف الأستاذة الدكتورة:

موسى زهية

إعداد الطالبة:

خلف الله كريمة

## لجنة المناقشة

أ.د. عليوش قربوع كمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار - عنابة	رئيسا
أ.د. زهية موسى	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة 1	مشرفا ومقررا
د. زغداوي محمد	أستاذ محاضر	جامعة قسنطينة 1	عضوا

السنة الجامعية : 2013/2012

# المقدمة

تباشر الإدارة عملها إما عن طريق إصدار قرارات إدارية، وإما بدخولها في روابط عقدية بهدف تحقيق نشاطاتها وتحملها لأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور، وهذا في الواقع يدل على الاعتراف لجهة الإدارة بأهلية التعاقد لتحقيق أهدافها المرجوة، وذلك بخضوعها لتشريع متميز هو تشريع الصفقات العمومية أو للقانون الخاص.

وينتج عن هذه الروابط العقدية ما يسمى بـ"العقد الإداري" والذي يعتبر عقداً أو اتفاقاً يبرمه شخص معنوي عام باستعماله امتيازات السلطة العامة لتسيير مرفق عام وحسب أساليب القانون العام بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ثم إن هذا العقد يتميز عن بقية العقود وذلك من ناحية طرفيه باعتبار أن أحدهما شخص معنوي عام كالإدارة العامة، الهيئات الوطنية المستقلة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية الإدارية، كما أن محله مرفق عام وأنه يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وذلك من خلال الامتيازات الممنوحة لهذا الشخص العام في مواجهة الطرف المتعاقد كامتياز التدخل للإشراف على تنفيذ العقد... وعليه فإن كل هذه الميزات تدل على أن القضاء الإداري هو المختص بنظر منازعات هذا العقد الإداري.

ومن بين هذه العقود الإدارية نجد "الصفقة العمومية" والتي يحوز قانونها أهمية كبيرة في القانون الإداري نظراً لاحتوائه على أحكام قانونية مميزة على أحكام القانون الخاص، إذ تتميز الصفقة العمومية بنفس مميزات العقد الإداري لذا فهي تحوز هي الأخرى أهمية بالغة، بحيث تستعملها الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة و الخاصة في ضخ الأموال العامة وتطوير الاقتصاد، قصد الحفاظ على توازنه، والتي ما انفكت تسجل حضوراً قوياً بالنظر إلى عدد المؤسسات العمومية المبرمة لها، على اختلاف أنواعها (إداري، ثقافي، علمي، مهني، صناعي، اقتصادي...)، وهذا في الحقيقة سينشط العجلة الاقتصادية من خلال زيادة حجم النفقات العامة، وبالتالي اللجوء إلى الطلبات العمومية.

وبما أن الصفقة العمومية تتصل بالخزينة العامة فإنها تخضع إلى طرق خاصة عند إبرامها وتنفيذها، ولرقابة متنوعة ترشيدا للنفقات العامة والحد قدر المستطاع من كل سلوك أو تصرف سلبي يسبب هدر الأموال، كما أن الصفقة العمومية هي وسيلة تنفيذ مخططات التنمية والبرامج والخطط الاستثمارية الموضوعة من قبل السلطة المركزية والتي يتم تنفيذها من قبل الإدارة المعنية. ولقد اتنت منظومتنا القانونية بالصفقات العمومية، وذلك بأحكام قانونية شهدت تطورات وتعديلات عديدة في الحقبة الاستعمارية وخلال المرحلة الانتقالية:

ولقد صدر أول تشريع للصفقات العمومية بعد الاستقلال بموجب الأمر 90/67 المؤرخ في

17 جوان 1967<sup>(1)</sup>، وبعده المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982<sup>(2)</sup>، ثم المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991<sup>(3)</sup>، بعد ذلك صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002<sup>(4)</sup>، والذي عدل بالمرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003<sup>(5)</sup> وكذا المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008<sup>(6)</sup>.

وفي سنة 2010 صدر مرسوم رئاسي جديد رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010<sup>(7)</sup> والذي قام بتعديله من خلال المراسيم الرئاسية التالية:

- المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 11 مارس 2011<sup>(8)</sup> المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 وكذا المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011<sup>(9)</sup> المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، وتلاهما تعديل ثالث بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012<sup>(10)</sup>.

ونظرا لما تتمتع به الصفقات العمومية من أهمية و نظام قانوني متميز فإنه تنثور منازعات بشأن إبرامها وتنفيذها، حيث تبدو هذه المنازعات في الواقع العملي أثناء تطبيق النصوص القانونية،

(1) - الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.

(2) \_ المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982.

(3) \_ المرسوم التنفيذي 91-434، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 الصادرة 13 نوفمبر 1991.

(4) \_ المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جويلية 2002.

(5) \_ المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن الصفقات العمومية، ج ر عدد 55، الصادرة في 14 سبتمبر 2003.

(6) \_ المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 جانفي 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 الصادرة في 9 نوفمبر 2008.

(7) \_ المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 3 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 الصادرة في 7 أكتوبر 2010.

(8) \_ المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 11 مارس 2011 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 12، الصادرة في 16 مارس 2011.

(9) \_ المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16 جوان 2011 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 34، الصادرة في 19 جوان 2011.

(10) - المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 4، الصادرة في 26 جانفي 2012.

إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معها أو المتعهد باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام هذا الشخص المعنوي "المصلحة المتعاقدة" لسلطاته اتجاه المتعاقد أو المتعهد أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما، وهذا سيؤدي لا محالة إلى رفض اعتراض الطرف المتضرر وبالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية، حيث سيسلك صاحب الحق طريقاً لأجل المطالبة بحقه بالخضوع للقانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>.

ومن هنا تظهر أهمية الموضوع باعتباره جديراً بالبحث والدراسة، حيث لا يقتصر ذلك على النواحي الفقهية المتعلقة بطبيعة المنازعة وخصائصها وأسبابها، بل تتجاوزها إلى المجال العملي، ويتعلق الأمر بإجراءات المنازعة واللجان المختصة بنظرها وطرق الطعن والآجال، واللجوء إلى التسوية الودية، وكذا إظهار الطرق القانونية المتبعة لإنهاء النزاع المتعلق بالصفقة قضاءً.

كما أن الحديث عن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية يجعلنا نتكلم عن اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل فيها- باعتباره أداة فعالة بدلاً من القضاء - وهذا سيكشف لا محالة عن المشكلات التي يمكن أن تنجم بمناسبة النصوص القانونية التي وردت في الأنظمة القانونية الوضعية.

فكل ما أتينا على ذكره يعطي قيمة وأهمية بارزة لهذا الموضوع إضافة إلى الرغبة في معرفة مضامينه، كما ان الباحث على دراسته هو تخلف مؤلفات متخصصة في هذا المجال، إضافة إلى أن معظم الدراسات السابقة لهذا الموضوع كانت في شكل فروع أو جزئيات في المؤلفات المتعلقة بالقانون الإداري أو مرجع حول تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما جعلنا ننظر إلى هذا الموضوع بعين الرضى لأجل دراسته والتوسع فيه و ذلك بالنظر الى:

- التغييرات والتعديلات والإصلاحات وكل التطورات التي شهدتها الأحكام القانونية الصادرة لمسايرة التطور الاقتصادي فيما يتعلق بالصفقات العمومية كإجراء المنح المؤقت للصفقة والذي يعد من بين أهم الإصلاحات في هذا المجال، لأنه إجراء أولي له تأثير على منازعات الصفقات العمومية.

- أن النظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية تتضمنه مواضيع وقوانين متفرقة.

- أن قانون الصفقات العمومية فرع من فروع القانون العام وبالتالي يغلب عليه طابع ومقتضيات المصلحة العامة واستخدام وسائل السلطة العامة من جهة وحماية الطرف الثاني من جهة أخرى.

(1)-القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية .ج ر عدد 21 الصادرة في 23 افريل 2008.

- إرساء قاعدة الحل الودي للنزاع من خلال تنظيم الصفقات العمومية، والناجح عن التنفيذ تقاديا للنزاع يجعلنا نرغب في الكشف عن مميزات وخصائص هذا الأخير.

- جعل التنظيم أمام الجهات الإدارية أحيانا وجوبيا وأحيانا اختياريا.

- إقحام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا ذات الطابع الاقتصادي ضمن المؤسسة العمومية بمفهومها الواسع فيما يتعلق بأطراف الصفقة العمومية، وتأثير ذلك على الاختصاص القضائي.

- إمكانية اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية بصفة استثنائية، ذلك وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح يسمح بذلك بعد توقيع اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي والمفاوضات بشأن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية.

-ارتباط تنظيم الصفقات العمومية بقانون المنافسة و هذا يفصح عن وجود مكانة للقضاء الإداري في مجال المنافسة و منح اختصاص لمجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية .

إذن فإنه من المؤكد أن كل تلك البواعث والأسباب التي ذكرناها لها تأثيرها ووقوعها البالغ على منازعات الصفقات العمومية لتجعلها تتميز عن بقية المنازعات الإدارية المختلفة، ولهذا فإن رغبتنا كانت كبيرة من أجل تقديم إضافة جديدة في مجال الإنتاج العلمي لكافة شرائح الأسرة القانونية من طلبة أساتذة باحثين... وتتويج هذه الدراسة باستعراض الجانب العملي في تطبيقات القضاء الإداري المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، إضافة إلى الاهتمام بالجانب التشريعي والفقه من خلال دراسة هذا الموضوع، مع محاولة كشف الثغرات القانونية وتوضيح الغموض الذي اعترى تنظيم الصفقات العمومية بسبب ميوعة نصوصه المتعلقة بالمنازعات أحيانا، وتقدير اللجوء إلى الطعن الإداري والتحكيم إن كانت ذات مفعول أم لا ، وفي النهاية الوصول إلى تقديم واقتراحات بهذا الخصوص.

كل هذه الأمور جعلتنا نتساءل عن جدوى الوسائل أو الطرق المقررة قانونا من طعن إداري وتحكيم وقضاء في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية، وأي من هذه الوسائل تعد الأنجع لأجل خلق توازن في العلاقة بين أطراف الصفقة، وذلك في إطار ما يتصل بمشروعية استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطاتها، اتجاه المتعهد أو المتعاقد معها، أو بتأدية الالتزامات المقررة بينهما:

وللإجابة عن هذا التساؤل فعلينا الإجابة بداءة عن التساؤلات التالية:

- مدى وجوبية أو جوازية الطعن الإداري المسبق في مادة الصفقات العمومية وإن كان من النظام العام أم لا وكذا تحديد الجهات المختصة قانونا بنظره ونتائج ذلك.

- الحكمة من تشريع نظام التحكيم لفض منازعات الصفقات العمومية رغم وجود الجهاز القضائي في الدولة .
- تحديد وتقدير قواعد اختصاص القضاء الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية.
- كيفية تصنيف منازعات الصفقات العمومية وعلى ماذا يقتصر رفع دعوى الإلغاء، وكذا أهمية رفع الدعوى الاستعجالية في هذه المادة ومكانة دعوى القضاء الكامل في هذه المنازعات .
- مجمل الإجراءات التي يتبناها صاحب الحق وخصمه لأجل فض النزاع والآجال المقررة لذلك والطعون التي يمكن رفعها أمام القضاء المختص.

ولأجل إبداء هذه الدراسة في صورة واضحة وإعطائها قدرا من الواقعية والتجسيد ، فإنه كان من المجدي تدعيمها وإثراؤها بالاعتماد على مجموعة من المناهج القانونية أهمها: المنهج التركيبي (التحليلي والمقارن) وذلك بتحليل ومناقشة مضامين النصوص الحالية و مقارنتها بالنصوص السابقة، وكذا أعمال المقارنة أيضا فيما يتعلق بآليات تسوية منازعات الصفقات العمومية مع جملة من الأنظمة القانونية الفرنسية، المصرية، المغربية...، واعتماد المنهج التاريخي بذكر أهم التطورات التي شهدتها هذه المنازعات في المرحلة ما بعد الانتقالية التي مرت بها الجزائر، وبما أن النصوص المتعلقة بتسوية منازعات الصفقات العمومية متفرقة منها ما يتضمنه تنظيم الصفقات العمومية ومنها ما تتضمنه القواعد العامة، فإننا سنعمل المنهج الاستدلالي بغية الربط بين هذه النصوص والتميز بينها إن اقتضى الأمر ذلك وإعمال "قاعدة الخاص يقيد العام" نظرا لخصوصية وتميز منازعات الصفقات العمومية عن غيرها من المنازعات الإدارية ،مع الوقوف على أهم النقاط التي تثير إشكالات متعلقة بسير المنازعات من ناحية قواعد الاختصاص ووسائل التحقيق...

وبالمزج بين هذه المناهج حاولنا تقسيم هذه الدراسة تقسيما ثنائيا من خلال فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: اللجوء الى الطعن الاداري و التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

الفصل الثاني: اللجوء الى القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية.

كان ذلك على العموم، اما التفصيل فسياتي بيانه على المدار التالي:

## الفصل الأول:

اللاجء الى الطعن الاداري و التمكيم  
لتسوية منازعات الصفقات العمومية



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

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

و لقد ركزنا في دراستنا هذه على الطعن الإداري (المبحث الأول)، والتحكيم (المبحث الثاني) بحيث يمكن أن يكون الإلتجاء إليها حاسماً للنزاع محققاً ل ضمانات أحسن من ذلك التي يحققها الإلتجاء للقضاء للنظر في منازعات الصفقات العمومية، وذلك من خلال جوانبها الإقتصادية والاجتماعية وارتباطها بالأموال العامة من ناحية، وكذا ترتيبها حقوق والتزامات على عاتق أطرافها من ناحية أخرى، فهذا سينجر عنه تعارض بين مصلحة الإدارة ومصلحة المتعامل المتعاقد وكذا المتعهد، لهذا لا بد من وجود نظام لتسوية المنازعات بينهما، حتى تتجزر المشاريع في أوقاتها المحددة.

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

## المبحث الأول:

### اللجوء إلى الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

يعرف الطعن الإداري المسبق أو التظلم الإداري، بأنه طلب أو شكوى مرفوعة من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض خلاف أو نزاع عن عمل قانوني أو مادي للإدارة<sup>(1)</sup>، وعليه فإن الطعن أو التظلم هو وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة خاصة في حالة إستجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء إلى القضاء<sup>(2)</sup>.

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

### المطلب الأول:

#### الطابع القانوني للطعن الإداري .

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

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

وإجابة على ذلك سنحاول تحديد طابع الطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة

(1) - حسين (مصطفى حسين): القضاء الإداري: ديوان المطبوعات الجامعية: ط3 : الجزائر 1987 ص:75.

(2) - لوصيف (نوال): فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير

في القانون العام فرع المؤسسات السياسية والإدارية جامعة الحقوق جامعة منتوري قسنطينة: 2006- 2007

(الفرع الأول) ثم تحديد هذا الطابع في تنظيم الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في القواعد العامة:

حتى يتبين لنا طابع الطعن الإداري المسبق المقرر في القواعد العامة فإنه يتطلب منا دراسة وفقا لقانون الإجراءات المدنية (أولا) ثم دراسة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ثانيا).

**أولا: الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية: ولتحديد طابع الطعن الإداري المسبق في ظل قانون الإجراءات المدنية فإنه لا بد من تناوله خلال مرحلتين وهما:**  
مرحلة ما قبل 1990، ومرحلة 1990.

**I. الطابع القانوني للطعن الإداري في مرحلة ما قبل 1990:** لقد كان الطعن أو التنظيم الإداري إلزاميا في جميع دعاوى القضاء الإداري ما عدا استثناء طفيف، أي أنه لا بد من التظلم إذا ما أريد اللجوء للطريق القضائي لإضفاء الحق محل المنازعة وإلا سيحكم بعدم قبول الدعوى لعدم سابقة التظلم ذلك أنه من المفيد أن يتظلم طالب الحق لأن التظلم يفيد ولا يضر، فأقل ما يفيد هو أن جهة الإدارة قد تستجيب للمتظلم فتوفر عليه متطلبات النزاع القضائي، هذا إلى جوار أن التظلم لا يمنع من اللجوء للطريق القضائي<sup>(1)</sup>.

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

وعلى الإدارة أن تحدد موقفها من التظلم إما صراحة أو ضمنا، ويكون الموقف الصريح عن طريق إصدارها قرارا صريحا يرفض التظلم، أما الموقف الضمني فيكون عن طريق السكوت وعدم الجواب عن التظلم لمدة تزيد على 3 أشهر، وهذه هي قاعدة القرار الإداري السابق (الصريح الضمني) *La décision préalable*، وتحدد الدعوى أمام الغرفة الإدارية المختصة بموضوع القرار الإداري السابق هذا<sup>(2)</sup>.

(1) - زيدان (علي الدين)، السيد (محمد): الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري: إجراءات رفع الدعوى الإدارية: مجلد 2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة: 2005 ص: 23.

(2) - شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: الهيئات والإجراءات ج: د م ج. 2009 ص: 331.

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

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

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

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

ولا يجوز لأحكام هذه المادة أن تخالف النصوص التي تقرر مواعيد خاصة ذات مدد أخرى. ويجب أن ينص في تبليغ القرار على المواعيد التي تقل مدتها عن شهر تحت طائلة البطلان. ويجب إثبات تاريخ إيداع الشكوى أو الطعن الإداري بكافة الطرق وذلك بعريضة الطعن»<sup>(1)</sup>.

كما نصت المادة 275 من ذات القانون السابق على هذه القاعدة بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية لدى المحكمة بقولها: «لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه»<sup>(2)</sup>.

ولقد أضافت المادة 282 من ذات القانون أيضاً مايلي «يجب أن يرفق بالعريضة إما قرار رفض الطعن الإداري الذي سبق الطعن أو المستند المثبت إيداع الطعن»<sup>(3)</sup>.

وتثير هذه المواد المكملة لبعضها البعض الملاحظات التالية:

(1) - المادة 169 مكرر من الأمر 66/154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية جريدة رسمية عدد 49، الصادر في 11 جوان 1966.

(2) - المادة 275 من الأمر نفسه.

(3) - المادة 282 من الأمر نفسه.

- اعتبار التظلم الإداري المسبق شرطا من شروط قبول الدعوى أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وأمام الغرف الإدارية للمجلس الأعلى.

- الإشارة إلى نوعي التظلم الولائي والرئاسي وأن التظلم يرفع تظلما رئاسيا ولا يستعمل التظلم الولائي إلا في حالة عدم وجود سلطة رئاسية تعلق من أصدر القرار محل التظلم، فالمتظلم ليس مخيرا في التظلم الذي سيرفعه<sup>(1)</sup>.

ويفهم من ذلك أن قاعدة التظلم الإداري المسبق من النظام العام وبالتالي فهي إجبارية حيث تدل صيغة النهي المستعملة في النص القانوني، على إجبارية التظلم الإداري المسبق في الدعوى الإدارية وهذا يرتب نتائج بالنسبة للقاضي والمتقاضي في الخصومة الإدارية<sup>(2)</sup>.

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

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

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

1<sup>er</sup> : en matière de plein contentieux.

2<sup>eme</sup> : dans le contentieux de l'excès de pouvoir si la mesure soulignée ne peut être prise que par décision, ou de tous autres organismes collégiaux»<sup>(3)</sup>.

ودائما في مجال المقارنة مع التشريع الفرنسي بخصوص أحكام المادة 275 السابق ذكرها، فإن القاعدة في هذه المرحلة هي وجوب قاعدة القرار الإداري السابق لقبول الدعوى بجميع أنواعها ولا يعفى منها المتقاضي إلا في حالات نص عليها صراحة في قانون الإجراءات المدنية القديم ويتعلق الأمر بالدعوى الاستعجالية (المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية) وهذا هو وجه الشبه مع التشريع الفرنسي الذي يجعل كذلك فكرة القرار المسبق قاعدة عامة والاستثناء الوارد عليها هو إعفاء المتقاضي منها في حالة منازعات الأشغال العامة (وقد ورد هذا الاستثناء بنص المادة 102 المذكورة أعلاه والتي أعلنت القاعدة خلافا للتشريع الجزائري)، وفي حالات الدعوى

(1) - خلوفي(رشيد): قانون المنازعات الإدارية: شروط قبول الدعوى: د م ج، ط2 الجزائر 2005 ص ص: 117 و118.

(2) - المرجع نفسه ص: 102.

(3) - شيهوب(مسعود): مرجع سابق ص: 233، هامش 1.

الاستعجالية بموجب المادة 128 من قانون المحاكم الإدارية الفرنسي) ومنازعات التعدي حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، والمنازعات الانتخابية (نص قانون الانتخابات)<sup>(1)</sup>.

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

**II. الطابع القانوني للطعن الإداري المسبق في مرحلة 1990:** لقد أحدث القانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل لقانون الإجراءات المدنية تغييرات إجرائية تعلقت بالتظلم الإداري المسبق وذلك بتغيير محتوى المادة 169 مكرر وذلك بحذف "التظلم" وإضافة المادة 169 \_ثالثا\_ المتعلق بالصلح حيث أصبح محتوى المادة 169 كما يلي: «لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في القرار الإداري.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه آنفاً في خلال 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره»<sup>(3)</sup>.

ويفهم من هذا النص أنه تم التخلي عن شرط التظلم بالنسبة للدعوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية المحلية والجهوية وأبقى عليه بالنسبة للدعوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ابتداء وانتهاء، وكذلك ظل التظلم في هذه المرحلة شرطاً لقبول دعوى المنازعات الخاصة، لأن النصوص الخاصة بها هي التي تنص عليه<sup>(4)</sup>، وهذا يعني أن إلغاء التظلم الإداري المسبق ليس مطلقاً لأنه لا يوجد أي نص في القانون 23/90 يلغي صراحة التظلم الإداري في القوانين الخاصة، بل إن المادة 168 نصت على أنه بخصوص المواعيد التي تحكمها إجراءات خاصة فإنها تستمر خاصة بالنسبة لتقديمها والفصل فيها ضمن الأوضاع المنصوص عليها في

(1) - شيهوب(مسعود): مرجع سابق، ص:234.

(2) - قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) رقم 25091 المؤرخ في 14 نوفمبر 1981: قضية شركة سينجر ضد والي ولاية الجزائر ووزير الداخلية)- المجلة القضائية عدد 1 لسنة 1990.

(3) - المادة 169\_ثالثا\_ من قانون 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل لقانون الإجراءات المدنية ج ر عدد36 المؤرخة في 22 أوت 1990.

(4) - شيهوب(مسعود): مرجع سابق ص: 234.

الأحكام الخاصة<sup>(1)</sup>.

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

وفي مجال المقارنة مع التشريع الفرنسي فإن قانون الإجراءات المدنية المعدل بالقانون 23/90 تأثر بالتشريع الفرنسي بإحداثه لنظام الصلح لأن التشريع الفرنسي أقر فكرة الصلح في المسائل المالية دون المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة، إذ أن القانون رقم 86-14 المؤرخ سنة 1986 أعطى للمحاكم الإدارية نصا على الخضوع إجباريا وقبل ممارسة أية دعوى إلى إجراء مسبق وهو الطعن الإداري أو الصلح وذلك في المنازعات المتعلقة بالقضايا التعاقدية الخاصة بالدولة والمجموعات المحلية ومؤسساتها العامة وكذلك المنازعات المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية لهذه الأشخاص العامة<sup>(4)</sup> وهكذا فإن التظلم الإداري المسبق لم يعد شرطا من شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل إلا بنص تشريعي خاص<sup>(5)</sup>، وبشأن اعتباره من النظام العام أولا، فإن الأحكام لم تكن حاسمة لأنها اعتبرته أحيانا إجراء جوهرية ولا يجوز إثارته من الخصم على مستوى مرحلة الاستئناف لأن هذا الحق سقط بعدم إثارته أمام قاضي الدرجة الأولى وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1992/04/26 في قضية (ج.ر.م) ضد الوالي والذي جاء فيه: «...ثم إنه كان على الإدارة أن تقدم هذا الدفع (أي الدفع بعدم استيفاء شرط التظلم) أمام الدرجة الأولى وما دامت قد سكتت عنه فهذا يعد طلبا جديدا غير مقبول على مستوى الاستئناف...»<sup>(6)</sup>.

ومن خلال هذا القرار فإن التظلم الإداري المسبق ليس من النظام العام لأنه لو كان كذلك

(1) - عبدلي (سهام): دعوى القضاء الكامل: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة: جامعة أم البواقي 2008-2009 ص: 84.

(2) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 235.

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

(4) - (JM) Auby (RD) Aider: Traite de contentieux administratif. Tome II Paris 3<sup>eme</sup> édition 1984 p : 411.

(5) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 84.

(6) - قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) استئناف رقم 84736 مؤرخ في 1992/04/26 قضية (ج.ر.م) ضد والي... غير منشور نقلا عن شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 364.

لأمكن للقاضي إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى خاصة وأنه لم يثره قاضي الدرجة الأولى وهذا يعد تنازلاً عنه.

### ثانياً: الطابع القانوني للطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

إن الطابع الإجباري للطعن الإداري من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم ومختلف تعديلاته وكذا جعله من النظام العام ما هو إلا امتياز ممنوح للإدارة لأنه لا يشجع الطاعنين على توجيه طعونهم أمامها ولهذا اتخذ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موقفاً مخالفاً لما كان عليه الوضع، حيث ألغى بموجب المادة 1064 منه أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم.

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

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

في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها، يبدأ سريان أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة»<sup>(1)</sup>.

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

ولقد أراد قانون الإجراءات المدنية والإدارية نقادي كل الإشكاليات من خلال الإكتفاء بنوع واحد من التظلمات ألا وهو التظلم الولائي وجعله اختياريًا وليس إلزاميًا<sup>(2)</sup>.

وحتى لا يحرم المتقاضين من الجوانب الإيجابية للتظلم فإن المشرع نظم إجراءاته في الحالة

(1) - المادة 830 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص ص: 367-363.



التي يرى المتقاضي أن من مصلحته استفزاز الإدارة بتنظيم لمعرفة موقفها أو لإصلاح الأضرار أو للعدول عن موقفها، تحدد مهلة الرد وميعاد الدعوى إذ يقصر ميعاد الدعوى إلى النصف في حالة القيام بالتنظيم لأن ميعاد الدعوى هو 4 أشهر بينما في حالة التنظيم يصبح الميعاد شهرين اثنين، كما أن الإصلاح الجديد لسنة 2008 تجاوز فكرة التنظيم إلى فكرة الصلح في دعاوى القضاء الكامل فقط، وقد جعل هذا الأخير اختياريًا وليس إلزاميًا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يجوز له القيام به إذا رأى في ذلك ضرورة<sup>(1)</sup>.

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

### الفرع الثاني:

#### الطابع القانوني للطعن الإداري المقرر في تنظيم الصفقات العمومية:

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

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

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

هناك نوع من منازعات الصفقات العمومية يحدث أثناء إبرام الصفقة والمتمثل في الاحتجاج على اختيار الإدارة المتعاقدة معها، حيث أن إجراءات التسوية الودية التي كانت متبعة في ظل سريان الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، كانت إجبارية وفي ذلك تنص المادة 152 منه على ما يلي: «تشكل في كل وزارة بقرار لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية، وأن الإجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية»<sup>(3)</sup>.

(1) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق، ص ص: 341، 342.

(2) - Bergeal (Catherine), Lenica (Frédéric) : contentieux des marchés publics ,  
imprimerie Nationale Editions Paris 2004 p : 267.

(3) - المادة 152 من الأمر 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ولقد أكدت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا هذا الطابع الإجباري للطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية، وذلك في قضية (ش.ذ.م.س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر بتاريخ 9 نوفمبر 1985 حيث جاء في قرارها أنه: «من المقرر قانونا أن عرض النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات، هو إجراء وجوبي قبل رفع الدعوى القضائية»<sup>(1)</sup>، وهو نفس الحل الذي قدمه في قراره الصادر بتاريخ 10 مارس 1990 قضية صندوق الضمان الاجتماعي لولاية قالمة والسيدة (سعدة يونس) والذي جاء فيه: «...حيث أن المادة 152 من الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 تلزم المقاتل في حالة رفع نزاع مع المتعامل العمومي بأن يرفع القضية أمام اللجنة الاستشارية لحل النزاعات بالتراضي والمؤسسة على مستوى كل وزارة، وأن هذا الإجراء منصوص عليه في المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية»، ورغم ذلك كثيرا ما يطبق القضاة المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية عوضا عن المادة 152 من الأمر 90/67، كما أنهم كثيرا ما نطقوا بقبول دعوى المتقاضى دون تأكدهم من استيفائه مقتضيات المادة 152<sup>(2)</sup>.

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

ولقد أكدت المحكمة العليا أكثر من مرة أن الاتصال باللجنة الاستشارية يستبدل الطعن المسبق على عكس ما ذهب إليه في القرار السابق ومثال ذلك قرارها الصادر في شأن قضية شركة "سافيك" ضد وزارة التعليم الابتدائي والثانوي، حيث أن الحيثية الأخيرة من هذا القرار وضحت بأن الطعن أمام اللجنة الاستشارية أمر إلزامي ويشكل ضمانا جوهريا يعفي المتقاضى من إرسال طلب وطعن للوالي قبل رفع الدعوى<sup>(3)</sup>.

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

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

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

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

بعد الأمر 90/67 صدر المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي والذي جاء في المادة 104 منه ما يلي: «تسوى الخلافات التي تطرأ ابان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل»<sup>(1)</sup>، وما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة هو أنها لا تتكلم عن تسوية منازعات إبرام الصفقة العمومية وإنما تنص على نوع آخر من هذه المنازعات والذي يظهر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، حيث أخضع تسويتها إلى القواعد العامة بما فيها الطعن الإداري والذي كان إلزاميا ومن النظام العام في تلك الفترة وهنا أصبحت هذه المنازعات كأى منازعة إدارية في مجال تسويتها عن طريق الطعن الإداري المسبق.

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

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

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

يحدد قرار وزاري مشترك عند الحاجة كليات تطبيق أحكام هذه المادة»<sup>(2)</sup>.

كما نصت المادة 101 من نفس المرسوم على مل يلي: «تحدث لدى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساسا لتسوية ودية.

يحدد تشكيل هذه اللجنة وعملها حسب الحالة بقرار من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

يجب على اللجنة أن تصدر رأيها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ

(1) - المادة 104 من المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

(2) - المادة 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية.

صاحب الصفقة قرار الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي رفع القضية إليها. يجب على طرفي النزاع أن يعربا كتابيا عن قبولهما الرأي الصادر في القضية أو عدم قبولها له خلال مدة شهر واحد.

وإذا اتفق الطرفان فإن الرأي الصادر يكون ملزما لهما وللمصالح المعنية<sup>(1)</sup>.

وما يمكن استنتاجه من النصين الكاملين للمادتين 100 و 101 المذكورتين أنفا مايلي:

- وجوب إجراء طعن إداري سلمي أمام الإدارة ممثلة في الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة.

- بعد استلام الإدارة للطعن تقوم بتحويله إلى اللجنة المعنية لدراسته بموجب مقرر وذلك في ظرف 65 يوما ابتداء من رفع الطعن إليها مع الإشارة إلى أن دور هذه اللجنة هو استشاري ويهدف لحل منازعات الصفقات العمومية.

- تعلن هذه اللجنة عن رأيها في أجل 3 أشهر من تاريخ تحويل الطعن إليها.

- وعلى طرفي النزاع أن يعلنوا كتابة قبولهما أو رفضهما لرأي اللجنة خلال شهر واحد من تبليغ هذا الرأي إليها، وفي حالة القبول يصبح ملزما لهما ولجميع المصالح الأخرى.

وما يمكن تأكيده هو أن الطعن الذي تكلمت عنه المادة 100 السابق ذكرها هو ذاته الطعن المقرر بالقواعد العامة، أما الإجراءات فهي تختلف بعد تحويله إلى اللجنة المعنية ليصبح طعنا له إطار خاص هو قانون الصفقات العمومية، كما أن هذه المادة تتحدث عن طعن سلمي أي تظلم رئاسي لكنه في حقيقة الأمر ليس كذلك، فهو أقرب إلى التظلم الولائي لأنه يوجه إلى لجنة تحت رئاسة ممثل الإدارة التي أبرمت الصفقة على مستوى إقليمها<sup>(2)</sup>.

لكن مجلس الدولة الجزائري أصدر قرارا بتاريخ 1999/12/6 في قضية جمعت بين السيد وزير العدل و(ت.م) رئيس كتابة الضبط لدى محكمة تيزي وزو مفادها عدم قبول الطعن شكلا لأن (ت.م) لم يقيم بطعن إداري تدرجي قبل لجوئه إلى القضاء عملا بالمادة 275 من ق.إ.م.<sup>(3)</sup>.

غير أن الطعن الإداري المقرر بالقواعد العامة في تلك الفترة لم يكن من النظام العام ولم يكن

(1) - المادة 101 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - لوصيف(نوال): مرجع سابق ص ص: 107، 108.

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

من شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل إلا بنص تشريعي كما أسلفنا على ذكره، وبما أن المادة 100 السابق ذكرها جعلته إلزاميا فإنه من النظام العام.

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

يعتقد الأستاذ "شيهوب مسعود" أنه بانقضاء مهلة 65 يوما يبدأ الميعاد العام للدعوى وهو 4 أشهر في السريان، أما في حالة تبليغه قرارات تحويل التظلم إلى اللجنة فعليه أن ينتظر أكثر من 5 أشهر في المجموع<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن الطعن الإداري المسبق كان وجوبيا في مادة الصفقات العمومية فإنه كان يخص الأشغال المنجزة لصالح الإدارة في شكل صفقة عمومية بمعنى الكلمة، وبالتالي فهو لا يعني الأشغال والتوريدات التي تمت لصالح الإدارة العامة بناء على طلبية صادرة عنها (Bon de commande)، ولقد قضى مجلس الدولة في 2004/09/21 بأنه لا تطبق المواد من 99 إلى 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 إلا على الصفقات العمومية وليس على الأشغال المنجزة استنادا إلى مجرد طلبية منصبة على مبلغ لا يتجاوز الحد الإلزامي لإبرام الصفقة وهو نفس القضاء الذي حكم به مجلس الدولة في قضية لاحقة بموجب قرار صادر في 2004/12/21<sup>(2)</sup>.

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

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

بصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية فإن الطعن الإداري أصبح جوازيا وأنه يتم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة بخصوص الاعتراضات على منح الصفقة.

ولقد أكدت ذلك المادة 101 من هذا المرسوم قائلة: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص

(1) - لوصيف (نوال): نفس المرجع السابق ص: 107 وراجع في ذلك قرار مجلس الدولة رقم 14637 المؤرخ في 2004/06/15 قضية بلدية العلة ضد (ع) مجلة مجلس الدولة عدد 5 لعام 2004 ص ص: 132، 133. انظر ملحق رقم 03 ص: 39 منه .

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

عليها في التشريع المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت.

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

يبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

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

وبناء على ذلك فإن التظلم الإداري المسبق اختياري بالنسبة لصفقات المتعامل العمومي وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية وبالتالي يمكن للمتعهد الذي يحتج على اختيار الإدارة اللجوء إلى التظلم قبل اللجوء إلى تحريك الدعوى القضائية كما يمكن عدم اللجوء إليه، وفي حالة اللجوء إليه يجب أن يكون ذلك في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، وعلى اللجنة المختصة أن تصدر القرار في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشر أيام، يبلغ قرار اللجنة لصاحب الطعن وللجهة المتعاقدة<sup>(2)</sup>.

وما يمكن التعليق به على نص هذه المادة هو أن:

تنظيم الصفقات العمومية استحدث إجراء جديد هو المنح المؤقت للصفقة وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية<sup>(3)</sup>.

- عدم النص على منازعات الإبرام بأكملها وإنما النص على إجراء طعن ضد قرار المنح المؤقت فقط دون بقية القرارات الإدارية الصادرة بشأن إبرام الصفقة وكأنما أراد أن يحصر المنازعة في هذا الإجراء لا غير، فما هو مصير الطعن بشأن بقية القرارات الإدارية المنفصلة عن

(1) - المادة 101 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - عليوات (باقوتة): تطبيقات النظرية العامة للعقود الإدارية: الصفقات العمومية في الجزائر أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة منتوري قسنطينة 2009-2010 ص: 15.

(3) - بوضياف (عمار): الصفقات العمومية في الجزائر: ط1: جسور للنشر والتوزيع: تبسة، الجزائر 2007 ص:

عقد الصفقة العمومية؟<sup>(1)</sup>

- استعمال مصطلح إجراء إعلان المناقصة وكأن طرق إبرام الصفقة تنحصر في المناقصة فكان يفترض به القول "إجراء إعلان الصفقة".

ومع ذلك فإن الطابع الاختياري للطعن الإداري المسبق في منازعات الإبرام يجعله ليس من النظام العام.

ولقد نظمت المادة 102 من هذا المرسوم منازعات تنفيذ الصفقة العمومية وكذا تسويتها عن طريق الطعن الإداري بقولها «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل...»

...يمكن للمتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة و أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر موقرا خلال الثلاثين (30) يوما اعتبارا من تاريخ إيداع الطعن وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية.

يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم 91-314 المؤرخ في 4 سبتمبر 1991 المتعلق بتسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين»<sup>(2)</sup>.

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

لكننا نسل غموضا كبيرا يكتنف نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 فالنص وردت فيه عبارة «...يمكن للمتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة...» وعبارة "يمكن" تفيد الجواز لا الوجوب وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعاقد أن يتجاوز إجراء التظلم برفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة<sup>(3)</sup>، كما أن هذا النص لم يحدد الجهة القضائية المختصة بنظر هذا النوع من المنازعات، لكن بالرجوع لتطبيقات مجلس الدولة نجده أصدر قرارا بتاريخ

(1) - سنتناول فكرة القرارات الإدارية المنفصلة في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه المذكرة.

(2) - المادة 102 فقرة 1 و5 و6 من نفس المرسوم الرئاسي 02\_250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) - بوضياف(عمار): مرجع سابق ص ص: 220، 221.

2004/06/15 (قضية بغدادى ضد مدير التربية لولاية بشار) اعتبر فيه الطعن أمام اللجنة المختصة إجراء جوهرياً يتوقف عليه قبول الدعوى شكلاً<sup>(1)</sup>، لكن مجلس الدولة أدرك خطأه وأكد أن التظلم لم يعد وجوبياً بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 02-250، وذلك في قرار مؤرخ في 2005/06/07 عندما أجاب عن دفع أثير أمامه بشأن التظلم المسبق في منازعة الصفقات العمومية الذي كانت تفرضه أحكام مرسوم 1991 فقال « حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 في 2002/07/24 ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائياً تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقاً لأحكام المادة الجديدة 102، ولكنه مجرد طريق اختياري وليس إلزامياً، وأنه مادام الأمر يتعلق بقاعدة إجرائية فهي ذات تطبيق فوري وأن عدم تقديمه أمام اللجنة الاستشارية لا يشكل خرقاً لقاعدة جوهرياً»<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية من خلال هذا المرسوم وسواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ هو ذو طابع اختياري وليس من النظام العام وهو يأخذ طابع محاولة صلح تقوم بها اللجنة وليس الإدارة المتعاقدة ولو أن اللجنة هي ذات طابع إداري في عمومها، رأيها استشاري وليس ملزماً للطرفين<sup>(3)</sup>.

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

لقد تم تعديل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، حيث مس هذا التعديل أحكام المادتين 101 و 102 السابق ذكرهما، ولقد نصت المادة 101 في فقراتها الخمسة الأولى المعدلة بالمادة 17 من المرسوم 08-338 على ما يلي: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعناً أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 121 و 130 أدناه.

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

(1) - قرار مجلس الدولة رقم 012585 فهرس 344 المؤرخ في 2004/06/15 قضية بغدادى ضد مدير التربية لولاية بشار: (غير منشور) نقلاً عن: بوضياف (عمار)، مرجع سابق، ص 320 .

(2) - قرار مجلس الدولة رقم 21173 فهرس رقم 705 المؤرخ في 2005/06/07 قضية المجلس الشعبي البلدي ضد (ط،ق)، غير منشور، انظر ملحق رقم 3 ص 16 منه .

(3) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 335.



يبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

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

وفي حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة المجدد تشكيلها في المواد 119، 120، 122 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري...»<sup>(1)</sup>.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة بخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية أنها أبقت على الطابع الاختياري للتظلم في الصفقات العمومية من خلال المرسوم 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المذكور آنفاً، وان هذا التظلم يرمي إلى الاحتجاج على منح المناقصة وجعله جوازيًا وليس إلزاميًا<sup>(2)</sup>، حيث يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، وهذا أمر جديد أضافه هذا التعديل لأن إعلان المنح المؤقت كان ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي فقط.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد غير طبيعة عمل اللجنة المختصة بخصوص نتيجة الطعن المقدم أمامها بحيث كانت في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 تصدر قراراً في أجل 15 يوماً ابتداء من تاريخ انقضاء 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت مع اشتراط تبليغه للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن، وبموجب المرسوم الرئاسي 08-338 أصبحت تقدم رأياً فقط ضمن نفس الشروط السابقة المتعلقة بالمواعيد والتبليغ.

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

(1) -المادة 101 في فقراتها الخمسة الأولى من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 17 من المرسوم الرئاسي

08-338. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 352.

وضوحاً... قبل كل مقاضاة أمام العدالة لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة...».

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

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

في سنة 2010 صدر مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخاً في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي ألغى أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المادة 179 منه حيث نظم هو الآخر منازعات الصفقات العمومية وصنفها إلى منازعات إبرام ومنازعات تنفيذ.

وفي هذا الصدد نصت المادة 114 في فقراتها الأربع الأولى من هذا المرسوم الرئاسي فيما يخص منازعات إبرام الصفقة العمومية على ما يلي: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعناً ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات العمتعامل العمومي أو في إطار الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136 و 146 و 147 و 148 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يحدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

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

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

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

وما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة أنه تم الإبقاء على جوازية الطعن المسبق بخصوص

(1) - المادة 114 في فقراتها الأربع الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

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

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

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

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقة العمومية فقد أبقى المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته 115 على مقتضيات المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

وقد تميز الطعن الإداري المسبق في المرسوم الرئاسي الجديد 2010 بالطابع الاختياري وأنه طابع الطعن الإداري المسبق المقرر وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يعد سارياً في هذه الفترة.

#### IV- في ظل المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

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

فبخصوص منازعات إبرام الصفقات العمومية، أبقى المادة 114 في فقراتها الأربعة الأولى والمعدلة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 على جوازية الطعن الإداري، وذلك بخصوص الاحتجاج على إعلان المنح المؤقت في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة، ضمن نفس الشروط والآجال المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات

(1) - راجع أحكام المادة 115 من المرسوم الرئاسي نفسه.

العمومية<sup>(1)</sup>.

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

يمكن الطعن في مقرر المصلحة المتعاقدة لدى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الصفقة المعنية<sup>(2)</sup>.

أما بخصوص منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، فإنه نصت المادة 115 فقرة 4 و 5 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 12-23 على نفس مقتضيات الواردة في المرسوم الرئاسي 10-236 بحيث أقيت على جوازية الطعن الإداري المسبق<sup>(3)</sup>.

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

وكخلاصة لما درسناه فإن الطعن الإداري المسبق في مجال منازعات الصفقات العمومية، تميز بعد فترة صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بمايلي:

- أن تنظيم الصفقات العمومية أسس نوعين من التظلم في مجال الصفقات العمومية، وجعلهما جوازيان، وهما:

\*تظلم يخص المنازعات الناشئة قبل إبرام عقد الصفقة، فالمتعهد المشارك بإمكانه الاعتراض على منح الصفقة لشخص آخر يرى أنه هو أحق بها منه، وذلك عن طريق تظلم يوجهه إلى لجنة الصفقات المختصة حسب الحالة، ويكون موضوع التظلم هو طلب إلغاء قرار منح الصفقة، كما يمكن للمتعامل الاقتصادي حالياً رفع تظلم ضد مقرر المصلحة المتعاقدة والمتعلق بجرمانه من التعهد في صفقاتها لمدة سنة، وذلك لدى لجنة الصفقات المختصة.

\*وتظلم يخص المنازعات الناشئة أثناء تنفيذ عقد الصفقة، أي بعد إبرام عقد الصفقة، وهو

(1) - راجع أحكام المادة 114 في فقراتها الأربعة الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - المادة 125 مكرر فقرة 2 و 3 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3) - راجع أحكام المادة 115 فقرة 4 و 5 من المرسوم الرئاسي نفسه.

التظلم الذي يوجهه المتعاقد مع الإدارة إلى اللجان الوطنية للصفقات المختصة أو القطاعية دون تحديد لميعاد رفعه، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء، وبالتالي فهو يخضع للميعاد المقرر بالقواعد العامة.

-والقول بأن التظلم ليس إلزاميا، يعني أن الدعوى المرفوعة أمام القضاء في غياب التظلم تكون مقبولة، لأن التظلم ليس شرطا لقبول الدعوى، لكن إذا قرر الشخص اللجوء إليه، فعليه احترام الشروط والإجراءات والمواعيد المحددة قانونا.

-إن هذا التظلم يأخذ طابع محاولة صلح تقوم بها اللجنة المختصة لتقديم رأيها بخصوصه<sup>(1)</sup>.

-انه تم التدقيق في مسألة العلاقة بين الطعون المقررة بموجب تنظيم الصفقات العمومية وبين الطعن المقرر في القواعد العامة، حيث مكن المتعهد والمتعامل المتعاقد من اللجوء إلى الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية زيادة عن القيام بإجراء الطعن المقرر في القواعد العامة السارية المفعول، من خلال عبارة «...زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به...»، وكذلك عبارة «يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة...»، لأن تنظيم الصفقات العمومية قصر منازعات الإبرام على الطعن في إعلان المنح المؤقت بموجب المادة 114 منه، وكذا الطعن في قرار الحرمان من دخول الصفقة بموجب المادة 125 مكرر منه، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن بقية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة يمكن الطعن فيها بموجب الطعن الإداري المقرر في القواعد العامة.

و زيادة على ما سبق بيانه فان مناهج التفسير في العلوم القانونية تحث على التفكير فيما اقرته الفقرة الاولى من كل من المادتين 114 و 115 من تنظيم الصفقات العمومية، فباستعمال منهج<sup>(2)</sup> «L'argument anagogique ou réduction à l'absurde» الذي يقتضيانه لا يمكن وضع نص غير قابل للتطبيق او ان تفسيره يؤدي الى نتيجة غير معقولة، يصبح القول بأنه لا يوجد في التشريع الساري المفعول اية طريقة للطعن هو النتيجة غير المعقولة ذاتها، كما ان استعمال منهج التفكير حسب الهدف من النص<sup>(3)</sup> «L'argument téléologique» القاضي بالبحث عن الهدف

(1) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق، ص ص 354-355.

(2) -L'argument anagogique ou de réduction à l'absurde, selon laquelle on suppose que le législateur est raisonnable, et qu'il n'aurait pas pu admettre une interprétation de la loi qui conduirait à des conséquences illogique ou inique.

Voir Bennadji (Charif,) : cours de méthodologie, présenté aux, étudiants de la 14<sup>o</sup> promotion, Ecole supérieur de la Magistrature. Alger, 2004-2005.

(3) -L'argument téléologique, concernant l'esprit et le but de la loi, que l'on ne reconstitue pas, cette fois a partir de l'étude concrète des travaux préparatoires, mais à partir de considérations sur le texte même de la loi. Cette façon plus abstraite d'argumenter s'impose

من خلال النص على امكانية الطعن حسب طرق الطعن المقررة في التشريع الساري المفعول يوصل الى القول ان القانون المقصود هو قانون الإجراءات المدنية و الادارية لأنه القانون الوحيد الذي يقرر طرق طعن وحيدة تنصب على القرارات الادارية.

وهذا يعني أن الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية ليس مستقلا بذاته عن ذلك المقرر في القواعد العامة لأنه يطبع دائما بطابعه من خلال التطورات التي درسناها سابقا، وأنه لا بد من توافر متطلباته حتى يقبل، فضلا عن كونه هو ذاته إذا تعلق الأمر ببقية القرارات الإدارية المنفصلة.

تبقى بعض الاختلافات المتعلقة بالإجراءات تتماشى مع الطابع الفني لهذه المنازعة الخاصة.

### **المطلب الثاني:**

## **اختصاص لجان الصفقات العمومية بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:**

يعتبر أسلوب الإدارة باللجان من ضمن الأساليب التي تتبعها التنظيمات المختلفة في تسيير أعماله سواء كانت هذه التنظيمات حكومية أو خاصة وسواء كانت على المستوى المركزي أو على المستوى المحلي<sup>(1)</sup>، وهذا ما شجع تنظيم الصفقات العمومية على استخدام هذا الأسلوب، لأن عقد الصفقة العمومية يفرض وجود عدة رقابات عن طريق لجان الصفقات المختصة<sup>(2)</sup>.

ثم إن تسوية منازعات الصفقات العمومية عن طريق الطعن الإداري المسبق ما هو إلا أحد مجالات الرقابة والتي تكون إدارية خارجية، وأن هذه الرقابة الخارجية لا تتعدى رقابة المطابقة لأهداف الفعالية والاقتصاد للحفاظ على التوازنات الاقتصادية والاجتماعية في الأمة وكذا التحقق من طرف لجان مندرجة من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي متخصصة في تدقيق مطابقة هذه الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول به وكذا البرامج المحددة في التشريع والتنظيم المعمول به وكذا البرامج المحددة في كل نسبة مالية بطريقة نظامية<sup>(3)</sup>.

وبما أن تنظيم الصفقات العمومية حول لجان الصفقات العمخصة البت في الطعون الإدارية

---

=quand l'étude historique ne permet pas d'éclairer l'interprète, parce que les problèmes soulevés sont nouveaux et ne se posaient pas à l'époque. Ibid.

(1) - الشيخلي(عبد القادر): لجان المجلس البلدي: الجامعة المستنصرية بغداد 1982 ص: 10.

(2) - Lajoyé(Christophe) : Droit des marchés publics. Copy riht Gualino : Editeur E.J.A Paris 2005. Copy riht Berty édition .Alger 2007 p : 137.

(3) - انظر المادة 126 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

المسبقة المقدمة من قبل المتعهدين المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار أعمال الرقابة الخارجية، فإنه لم يكن يهدف إلى البحث في إشكالات كلاسيكية متمحورة حول من يراقب ومن يستفيد من عملية الرقابة بل يتعدى ذلك إلى الخوض في تحديد هذه اللجان من خلال تشكيلها ومهامها ومجال اختصاصها(الفرع الأول) ثم تنظيم الطعن الإداري المسبق أمام هذه اللجان(الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### تحديد لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

سبق وأن أشرنا إلى أن لجان الصفقات العمومية المختصة تضطلع بمهمة نظر الطعون الإدارية المسبقة في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية وتصنف هذه اللجان حسب مرسوم رئاسي يبين طريقة تشكيلها وقواعد سيرها ومهامها.

وللإشارة فإن الوزير الأول "أحمد أويحي" حدد تاريخ 31 مارس 2010 كآخر أجل أمام أعضاء الحكومة والولاية لتشكيل هذه اللجان وفقا للمرسوم الرئاسي الجديد المعلن عنه شهر أكتوبر 2010، وذلك باتخاذ كل التدابير الملائمة لتشكيل هذه اللجان، كما أوردت هذه التعليمات أن هذه الآجال لا يمكن تجاوزها وذلك تفاديا لعدم تعطل المشاريع<sup>(1)</sup>، غير أن المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد أحدث بعض التعديلات فيما يخص هذه اللجان، بحيث أصبحت تتحدد كمايلي:

- اللجنة البلدية للصفقات العمومية (أولا).
- اللجنة الولائية للصفقات العمومية (ثانيا).
- لجنة صفقات للمؤسسة العمومية المحلية (ثالثا).
- لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة (رابعا).
- اللجنة الوزارية للصفقات العمومية (خامسا).
- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية (سادسا).
- اللجان الوطنية للصفقات العمومية (سابعاً).

(1) - شراق(محمد): "أويحي يحدد نهاية مارس آخر أجل لتشكيل لجان الصفقات العمومية":جريدة الخبر اليومي: الصادرة بتاريخ 31 جانفي 2011 ص: 5.

### أولاً: اللجنة البلدية للصفقات العمومية:

نشير في البداية إلى أن القانون 10/11 المتضمن قانون البلدية السابق الإشارة إليه، قد نصّ بوضوح في المادة 189 منه على أن إبرام صفقات الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات يخضع للتنظيم الجاري به العمل<sup>(1)</sup>؛ أي أن الإحالة هنا صريحة لتنظيم الصفقات العمومية.

**I-تشكيل اللجنة:** تتشكل اللجنة البلدية للصفقات العمومية طبقاً لنص المادة 137 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية من:

-رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

-منتخبين اثنين عن المجلس الشعبي البلدي.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة.

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة<sup>(2)</sup>.

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

أما عن ممثل المصلحة المتعاقدة فيتمثل دوره في هذه اللجنة بتزويدها بجميع المعلومات لاستيعاب محتوى الصفقة، وهذا من المحاسن التي أتى بها تنظيم الصفقات العمومية، كما أن تشكيل هذه اللجنة معزز بعضوين من وزارة المالية، وهذا ما يؤكد وصاية وزارة المالية على الصفقات العمومية، بالإضافة إلى وجود ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة، وهو الذي يتولى أثناء الجلسة تزويد اللجنة بجميع المعلومات المتعلقة بالصفقة، فهو يعرض على هذا النحو المشروع الأولى للصفقة، أمام لجنة الصفقات لتأخذ فكرة عنه<sup>(3)</sup>.

ويتم تعيين أعضاء لجان الصفقات ومستخلفيهم -باستثناء من عين بحكم وظيفته- من قبل

(1) -انظر: المادة 189 من القانون 10/11 المتضمن قانون البلدية المؤرخ في 22 جوان 2011، ج 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011 .

(2) -انظر: المادة 137 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

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



مدرائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد<sup>(1)</sup>.

**II- اختصاصات اللجنة:** تمارس اللجنة البلدية للصفقات رقابة سابقة للصفقات العمومية، وذلك قبل الإعلان عن هذه الأخيرة من باب التأكد من جدية الطلبات أو الاحتياجات وفحصها فحصا دقيقا ومعقما<sup>(2)</sup>، إذ نصت المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 والتي جاءت بحكم عام ينطبق على كل لجان الصفقات-، بأن اللجنة البلدية للصفقات تختص بدراسة مشاريع دفاتر شروط المناقصات أو عند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة طبقا للمعايير المحددة في المادة 11 من تنظيم الصفقات العمومية.

ولقد منحت الفقرة الثانية من المادة 132 المشار إليها أعلاه، مدة 45 يوما للجنة لدراسة مشروع دفتر الشروط، وتنتهي بصدور التأشير في شكل مقرر تكون صالحة لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها، وإذا انقضى هذا الأجل تعرض هذه الدراسة من جديد على اللجنة البلدية، وذلك بشرط أن لا تكون المصلحة المتعاقدة معفية من التأشير<sup>(3)</sup>.

وتتوج الرقابة التي تقوم بها هذه اللجنة بمنح التأشير أو رفضها خلال عشرين يوما من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة<sup>(4)</sup>.

وتختص اللجنة البلدية للصفقات كذلك بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية مع الأخذ بعين الاعتبار العتبة المالية المحددة في المادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية، والمقدرة ب 200 مليون دج، بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم بدءا لأكثر من 8 ملايين دج وأقل من 50 مليون دج بالنسبة لصفقات الخدمات، وكذا أقل من 20 مليون دج بالنسبة للصفقات الدراسات بدءا بأكثر من 4 ملايين دج<sup>(5)</sup>.

وحسنا فعل تنظيم الصفقات العمومية الجديد عندما ميز بين الصفقات العمومية، فصفقات الأشغال عادة تكون مبالغها مرتفعة بحكم طبيعتها، كما أن تنفيذها يستغرق زمنا طويلا، والإدارة في هذا النوع من الصفقات تمارس سلطات لا نجدها في بقية الصفقات الأخرى، وكذلك الأمر بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم، فهي الأخرى تكلف خزينة الدولة أموالا ضخمة<sup>(6)</sup>.

(1) -انظر: المادة 139 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) -انظر: المادة 128 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3) -انظر: المادة 132 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(4) -انظر: المادة 141 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(5) - انظر: المادة 137 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(6) -بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص 256.

وتساعد اللجنة البلدية للصفقات في مجال تحضير الصفقات العمومية، وإتمام تراتيبيها، وتقوم بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، ذلك أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أعطى لكل مترشح أو متعهد حق رفع تظلم أمام هذه اللجنة، خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة<sup>(1)</sup>.

وبالرابط بين مقتضيات المادة 134 والمادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية، نجد أنه حتى تقوم هذه اللجنة بدراسة الطعون لا بد من توفر معيارين، معيار عضوي ومعيار مالي يضاف إليهما معيار النطاق الجغرافي، أو الاختصاص الإقليمي، بحيث:

-يعقد اختصاص اللجنة البلدية بدراسة طعن خارج إطار صفقات البلدية، وجب أن تكون الجهة المعنية بالصفقة والطعن هي إما:

\*مؤسسة عمومية على اختلاف أنواعها المحددة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وهي المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني.

\*مراكز بحث وتنمية وطنية.

\*مؤسسة عمومية اقتصادية.

\*مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بعد توافر شرط التمويل المالي كلياً أو جزئياً من قبل الخزينة.

-كما يعقد اختصاص اللجنة البلدية للصفقات بتوافر المعيار المالي إلى جانب المعيار العضوي على النحو المبين أدناه:

\*فيما يخص صفقات الأشغال واقتناء اللوازم قدرت العتبة بأقل من 200 مليون دج.

\*فيما يخص صفقات الخدمات قدرت العتبة بأقل من 50 مليون دج.

\*فيما يخص صفقات الدراسات قدرت العتبة بأقل من 20 مليون دج.

-كما يعقد اختصاص اللجنة البلدية للصفقات بتوافر معيار جغرافي، حيث ورد في نص المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 مايلي: «...وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة...»، وهو ما يعني أن الاختصاص بالنظر في الطعن الناتج عن المنح المؤقت لا يعقد للجنة البلدية إلا في حدود

(1) -انظر: المادتين: 130 و 114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المؤسسات الموجودة في نطاقها الجغرافي.

غير أن المؤسسات الموجودة في النظام الجغرافي منها ما يكتسب طابع المؤسسة الوطنية أو مركز بحث وتنمية وطني، فكيف يمكن عرض طعن يخص مؤسسة وطنية على لجنة بلدية؟

إذن لم يوفق تنظيم الصفقات العمومية الجديد في نص المادة 114 منه من ضبط قواعد اختصاص اللجنة البلدية، وذلك فيما يخص رفع الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، وجاءت إلا حالة عامة، وأولى هذا التنظيم الجديد الأهمية ربما أكثر للقيمة المالية للصفقة، كونها تدخل في اختصاص اللجنة البلدية، ولم يصرف نظره لطابع المركز أو المؤسسة كونه وطنيا، وهو ما يدفع إلى التوصية بأن هذه المادة تحتاج إلى ضبط وتدقيق<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: اللجنة الولائية للصفقات:

**I-تشكيل اللجنة:** تتشكل اللجنة الولائية للصفقات العمومية طبقا للمادة 135 فقرة 1 من

المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية من:

-الوالي أو ممثله رئيسا.

-3 ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

-ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-مدير التخطيط وتهيئة الإقليم للولاية.

-مدير الري للولاية.

-مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية.

-مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية<sup>(2)</sup>.

وما يمكن ملاحظته بخصوص تشكيلة هذه اللجنة هو أن:

\*رئاسة هذه اللجنة أسندت للوالي أو ممثله الذي يمكن أن يتميز بكفاءات بخصوص الصفقات

العمومية.

\*تشكيلها من منتخبين ومعينين: فالفئة الأولى تمارس مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام

الصفقات، والفئة الثانية تضم مديريات ذات العلاقة بالعملية التنموية بصفة عامة، تمارس الرقابة

التقنية والمالية على الصفقات العمومية.

(1) -بوضياف (عمار) : مرجع سابق ، ص 259.

(2) -انظر: المادة 135 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

\*تعزيز تشكيلة اللجنة بشخصين ينتميان لوصاية واحدة من مصلحة المالية، ومن مصلحة المحاسبة بما يؤكد علاقة الصفقة العمومية بالخرزينة العامة، وبما يضمن ترشيد النفقات العمومية.

\*دعمت اللجنة الولائية للصفقات بالسلك التنفيذي، والذي يبرز في ممثلي كل من الأشغال العمومية، الري، السكن، والتجهيزات العمومية، التخطيط وتهيئة الإقليم، التجارة، وهذه المديرات كلها لها علاقة مباشرة بمجال الصفقات العمومية وتمثيل مدرائها في اللجنة سيعطي دفعا أكثر لأعمالها، ويجعل مقرراتها تتسم بالموضوعية وتتمكن من دراسة ملف الصفقة تدرس من جميع الجوانب.

-كما ضمت اللجنة أشخاصا ينتمون إلى وصايات مختلفة (المالية، المواد المالية، الأشغال العمومية...)، بما يضمن على أعمالها شمولية من حيث الموضوع(1).

وللإشارة فإن أعضاء هذه اللجنة ومستخلفيهم يعينون من قبل مدرائهم وبأسمائهم بهذه الصفقة، لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، باستثناء من عين بحكم وظيفته(2).

## II- اختصاصات اللجنة: عهد للجنة الولائية للصفقات العمومية الاختصاصات التالية:

-طبقا لنص المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يعهد للجنة دراسة مشاريع الصفقات الخاصة بالمناقصات وعند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة قبل الإعلان عنهما بعد توافر العتبة المالية المحددة أدناه، وتقوم بهذه الدراسة حسب تقدير إداري تبعا للمعايير المحددة في المادة 11 من ذات المرسوم الرئاسي.

وخلال مدة 45 يوما ينتج عنها صدور مقرر "التأشير"، لتكون هذه الأخيرة صالحة لمدة 3 أشهر، وبانقضاء هذا الأجل يعرض الملف من جديد من قبل المصلحة المتعاقدة على لجنة الصفقات(3).

وما يجدر التنويه به هو أن اختصاص هذه اللجنة ينقد على مستويات أساسية متعلقة بالشخص المعنوي المبرم للصفقة (معياري عضوي)، مبلغ الصفقة (معياري مالي) ومعياري جغرافي بحيث يعقد الاختصاص لهذه اللجنة على النحو التالي:

(1) -بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص260.

(2) -انظر: المادة 139 من المرسوم الرئاسي 10-236

(3) -انظر: المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

**أ- الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات المحلية:**

\* بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال وإنشاء اللوازم إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 200 مليون دج.

\* بالنسبة لصفقات الخدمات إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 50 مليون دج.

\* بالنسبة لصفقات الدراسات إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 20 مليون دج.

**ب- الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة التي يساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 146 و147 و148 و148 مكرر من تنظيم الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>:**

\* بالنسبة لصفقات الأشغال إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق مليار دج.

\* بالنسبة لصفقات اللوازم إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 300 مليون دج.

\* بالنسبة لصفقات الخدمات إذا كان مبلغ الصفقة يفوق أو يساوي 200 مليون دج.

\* بالنسبة لصفقات الدراسات إذا كان مبلغ الصفقة 60 مليون دج.

هذا وقد وسع تنظيم الصفقات العمومية من اختصاص هذه اللجنة حسب نوع كل صفقة، إذ أضاف كل مشروع ملحق بهذه الصفقات في حدود المستوى المبين في المادة 106 من المرسوم، وكذا كل صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في هذه المادة، يمكن أن يدفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه، ويتمثل هذا البند في تجاوز الملحق 20% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الولائية للصفقات<sup>(2)</sup>.

وعليه لا بد من مراعاة الحد المبين أعلاه، حيث لا يخرج اختصاص هذه اللجنة إلى اللجنة البلدية أو الوطنية، ولا يتشابه مع اختصاص اللجنة القطاعية.

- ويمتد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات إلى دراسة مشروع الصفقة ذاته، بحيث تجد سلطة الرقابة هذه أساسها القانوني في كل من المواد 136 و130 و131 من تنظيم الصفقات العمومية<sup>(3)</sup>، وتبعاً لذلك فإن إرادة الإدارة عند تعاقدها مقيّدة بالخضوع لتأثير لجنة الصفقات الولائية. - تدرس اللجنة الولائية للصفقات الطعون الناتجة عن إعلان المنح المؤقت المقدمة من المتعهدين

(1) - انظر: المادة 136 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - راجع المواد: 146 و147 و148 و148 مكرر و106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم

الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) - راجع المواد 136 و130 و131 من المرسوم الرئاسي نفسه .

المحتجين على اختيار المصلحة المتعاقدة، خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت<sup>(1)</sup>، بشرط توافر كل المعيار العضوي والمالي، وكذا المعيار الجغرافي كما سبق التطرق إليه، والذي يوسع هو الآخر من اختصاصات هذه اللجنة، بحيث يشمل:

المؤسسات العمومية على اختلاف أنواعها المحددة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية ومراكز البحث والتنمية الوطنية ومؤسسات عمومية اقتصادية ومؤسسات عمومية ذات طابع صناعي لتجاري بعد توافر شرط التمويل كلياً أو جزئياً من قبل الخزينة.

### ثالثاً: لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية:

لقد تم استحداث لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية من خلال المرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك بموجب المادة 122 مكرر، حيث تحدث هذه اللجنة على مستوى المؤسسات المحلية لكل من الولاية والبلدية<sup>(2)</sup>.

وبصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنه تم تأكيد وبموجب المادة 138 منه وجود هذه اللجنة وتمييزها عن باقي اللجان الأخرى.

**I-تشكيلة اللجنة:** نصت المادة 138 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أن تتشكل هذه اللجنة من:

-ممثل السلطة الوصية رئيس.

-المدير العام أو مدير المؤسسة، حسب الحال مؤسسة بلدية أو ولائية.

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

-ممثل منتخب عن المجلس الشعبي للجماعة المحلية، أي المجلس الشعبي الولائي أو المجلس الشعبي البلدي حسب الحال.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية أحدهما من مصلحة الميزانية والآخر من مصلحة المحاسبة<sup>(3)</sup>.

**II-اختصاصات اللجنة:** تختص لجنة الصفقات للمؤسسة المحلية بدراسة دفاتر شروط المناقصات وعند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة للمؤسسات المحلية الولائية أو البلدية، وهذا

(1) - راجع المواد 130 و114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر: المادة 122 مكرر من المرسوم الرئاسي: 08-338 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) - المادة 138 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ضمن إطار السقف المالي المحدد في المادة 136 السابق ذكرها، كما تختص بدراسة مشاريع هذه الصفقات وتمنح التأشيرة بشأنها وتتولى في الوقت ذاته وعلى غرار الاختصاص المنوط بباقي لجان الصفقات دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة، فلا فرق في الاختصاص بين لجنة الصفقات المحلية، وباقي اللجان الأخرى طالما جاءت المواد 130 و131 و132 تتضمن أحكاما عامة تسري على كل اللجان.

وما يجدر لفت الانتباه إليه هو أن هذه اللجنة لها اختصاص يعقد بتوافر المعيار العضوي وكذا المعيار المالي، أي يشترط أن يكون الشخص المعنوي المبرم للصفقة هو مؤسسة عمومية محلية، إما تابعة للولاية أو تابعة للبلدية طالما اعترف قانونيا لهاتين الأخيرتين بإنشاء مؤسسات عمومية لتلبية الحاجات العامة، كما يشترط أن يقل السقف المالي للصفقة عن الحد المذكور في المادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية.

#### رابعا: لجنة الصفقات للهيئات الوطنية المستقلة

**I-تشكيل اللجنة:** لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية تحديد أعضاء لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة واكتفت المادة 128 بالاعتراف لمسؤول هذه الهيئة بتحديد تشكيلتها<sup>(1)</sup>، بحيث يعود له اختيار أعضاء هذه اللجنة كأن يتعلق الأمر برئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي، فهؤلاء جميعا يملكون طبقا للمادة 128 حق اختيار أعضاء لجنة، ولعل سر الاعتراف لرئيس الهيئة بهذا الامتياز يكمن في مكانة الهيئة في حد ذاتها ضمن هيكل الدولة وخصوصيتها كونها لا تخضع لوصاية معينة ويكفي القول أنها هيئة مستقلة.

ومع ذلك كان من الأفضل ذكر ممثلين تابعين لوصايات مختلفة في المادة 128 من تنظيم الصفقات العمومية خاصة وصاية وزارة المالية طالما كانت الخزينة العامة هي مصدر تمويل كل صفقات الهيئات الوطنية المستقلة.

كما أن إطلاق المجال لمسؤول الهيئة لاختيار كل أعضاء اللجنة غير سديد، وكان من الأفضل أن يعلن المرسوم الرئاسي في المادة 128 عن التركيبة البشرية للجنة صفقات الهيئات الوطنية المستقلة على غرار باقي اللجان، تفادي لأي إشكال قانوني<sup>(2)</sup>.

**II-اختصاصات اللجنة:** تختص لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة بدراسة دفاتر شروط مناقصات الهيئة المستقلة، وهذا ضمن إطار السقف المالي المحدد في المواد 146 و147 و148

(1) - انظر الفقرة الأخيرة من المادة 128 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 14 من المرسوم الرئاسي

12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص ص 273-274.

و148 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، كما تختص بدراسة ملفات الصفقات وتمنح التأشير بشأنها وتتولى في الوقت ذاته على غرار الاختصاص المنوط بباقي لجان الصفقات دراسة الطعون الناتجة، عن المنح المؤقت للصفقة فلا فرق في الاختصاص بين لجنة الصفقات للهيئة المستقلة وباقي اللجان الأخرى، طالما جاءت المواد 130 و131 و132 تتضمن أحكاما عامة تسري على كل اللجان، إلا أن اختصاص هذه اللجنة مرهون بتوافر المعيار العضوي والمعيار المالي، بحيث لا يعقد لها الاختصاص إلا إذا كان الشخص المعنوي المبرم للصفقة أو بالخضوع للرقابة الخارجية هو هيئة وطنية مستقلة (المجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة...).

أمّا عن المعيار المالي المطلوب لعقد الاختصاص لهذه اللجنة، فلقد أحالتنا بشأنه المادة 128 إلى المادة 133، وهذه الأخيرة أحالتنا إلى المواد 146 و147 و148 و148 مكرر، ونبيّن ذلك فيمايلي:

-بالنسبة لعقد الأشغال فينبغي أن لا يفوق مبلغ الصفقة مليار دينار جزائري، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية، ضمن الحدود المبنية في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

-بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم: فينبغي أن لا يفوق مبلغ الصفقة 300 مليون دج، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبنية في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

-بالنسبة لصفقة الخدمات فينبغي أن لا يفوق مبلغ الصفقة 200 مليون دج كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

-بالنسبة لصفقة الدراسات فينبغي أن لا يفوق مبلغ الصفقة 60 مليون دج كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية، ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

**خامسا: اللجنة الوزارية للصفقات:** لقد تضمن المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 هذه اللجنة.

**I-تشكيل اللجنة:** لقد أعلنت عن تشكيل اللجنة الوزارية للصفقات المادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات والمتمثلة في:



-الوزير المعني أو ممثلة رئيسا.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

-ممثلين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

-ممثل الوزير المكلف بالتجارة<sup>(1)</sup>.

وتثير هذه التشكيلة الملاحظات التالية:

\* أن الرئاسة أسندت للوزير أو ممثله، وهذا أمر طبيعي طالما أطلق على اللجنة ذاتها تسمية اللجنة الوزارية، كما أن تنظيم الصفقات العمومية لم يكن متشددا في عقد جلسة اللجنة الوزارية للصفقات برئاسة الوزير المعني شخصا، بل أجاز لها عقد جلساتها تحت رئاسة ممثل الوزير وهو عادة الأمين العام للوزارة، وهذا بحكم المهام الكثيرة المنوطة بالوزير.

\* الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بالعضوية في هذه اللجنة باعتبارها الجهة المعنية بالمشروع وبالتعاقد.

\* خلو اللجنة من العنصر المنتخب وهذا يجعلها لجنة تقنية محضة تتشكل من 5 أعضاء، مما يساعد على التداول.

\* الاعتراف لممثل الوزير المكلف بالتجارة بالعضوية، وكذا ممثلين عن وزارة المالية، وفي ذلك تأكيد على صلة الصفقات العمومية بالخرزينة العامة والمال العام<sup>(2)</sup>.

وعلى غرار بقية اللجان، فإن أعضاء هذه اللجنة ومستخلفيهم يعينون من قبل مدرائهم وبأسمائهم بهذه الصفة لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، باستثناء من عيّن بحكم وظيفته.

## II- اختصاصات اللجنة: لقد تواصلت سياسة مركزية الطلبات العمومية، من 1966 بإنشاء

لجان مراقبة الصفقات العمومية على مستوى بعض الوزارات، مثل وزارة التجارة ووزارة الصحة، وكان من بين اختصاصات هذه اللجان، تجميع الطلبات العمومية وتحضير المناقصات المفتوحة والمحدودة، ويبقى اختصاص توقيع الصفقات للوزير المعني، وقد تجسدت سياسة الرقابة للصفقات العمومية على مستوى الوزارات في سقف مالي معين لبعض الصفقات، وهذا ما أكدته المادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم

(1) - انظر: المادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 15 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص ص 281-282.

الصفقات العمومية، بحيث تختص بـ:

-المصادقة على دفاتر الشروط الخاصة بالمناقصات التي تدخل في نطاق اختصاصها ضمن الحد المالي المذكور في نص المادة 130 من تنظيم الصفقات العمومية، كما تتولى دراسة مشاريع المناقصات وعند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة وتفصل في الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، وهذا على غرار بقية لجان الصفقات، ويعقد الاختصاص لهذه اللجنة بتوافر المعيار العضوي والمعيار المالي، بحيث يجب أن تكون الجهة المعنية بالتعاقد هي الإدارة المركزية للوزارة كأصل عام كأن تدخل وزارة التعليم العالي في صفقة كبيرة لتجهيز الإدارة المركزية، ومؤسسات التعليم العالي بأجهزة الحاسوب أو السيارات، فمثل هذه الصفقة تخضع للرقابة السابقة للجنة الوزارية للصفقات.

أمّا عن المعيار المالي الواجب توافره إلى جانب المعيار العضوي، حيث يعترف بانعقاد الاختصاص للجنة الوزارية، فإنه حدد بالمواد 133 و146، 147، 148 و148 مكرر من تنظيم الصفقات العمومية، حسب ما هو مبين أدناه:

\*بالنسبة لعقد الأشغال يجب أن لا يفوق مبلغ الصفقة مليار دج.

\*بالنسبة لصفقة الخدمات يجب أن لا يفوق مبلغ الصفقة 200 مليون دج.

\*بالنسبة لصفقة الدراسات يجب أن لا يفوق مبلغ الصفقة 60 مليون دج.

وفي كل الأحوال يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود الموسومة في المادة 106 من المرسوم الرئاسي والسابق الإشارة إليها.

ويجدر لفت الانتباه هنا إلى أن تنظيم الصفقات العمومية قد وسع اختصاص اللجنة الوزارية بخصوص دراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة، وذلك خارج إطار صفقات الوزارة، بحيث أوجب أن تكون الجهة المعنية بالصفقة والطعن هي إما:

-المؤسسات العمومية الوطنية على اختلاف أنواعها الواردة في المادة 2 من التنظيم ذاته، ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع التكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

-مركز بحث وتنمية وطني.

-مؤسسة عمومية اقتصادية... إذن اختصاصها توسع هي الأخرى مع مراعاة المعيار المالي

السابق شرحه<sup>(1)</sup>.

**سادسا: اللجان القطاعية للصفقات العمومية:** لقد رخص في بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011 لكل قطاع وزاري بإنشاء اللجنة الخاصة له، على أن تضم زيادة عن ممثلين عن قطاعات أخرى وعلى الخصوص قطاع المالية، وستخضع هذه اللجان القطاعية تمام الخضوع للتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية، وستكون مداولاتها قابلة لرقابة بعدية من قبل مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية<sup>(2)</sup>، وهذا ما أكدته المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 142 مكرر المحدثه بالمادة 17 منه بقولها: «يمكن لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 148 مكرر أدناه.

تتصب اللجنة القطاعية للصفقات بموجب قرار من الوزير المعني.

يكون تنصيب اللجنة القطاعية للصفقات مانعا لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات<sup>(3)</sup>.

**I-تشكيل اللجنة:** تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات بموجب نص المادة 152 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236 المحدثه بالمادة 21 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية من:

-الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

-ممثل الوزير المعني، نائب للرئيس.

-ممثلان (2) عن القطاع المعني.

-ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وما يمكن ملاحظته عن هذه التشكيلة هو ذات ما لاحظناه من تشكيلة اللجنة الوزارية، غير أن تنظيم الصفقات العمومية قد جعل رئاسة هذه اللجنة في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم

(1) - بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص ص 286-287.

(2) - بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011، منشور على الموقع الإلكتروني:

[www.premier ministre.gov.dz](http://www.premier ministre.gov.dz)

(3) - المادة 142 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236 المحدثه بالمادة 17 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

نواب الرؤساء<sup>(1)</sup> وهذا حتى لا يتأخر عقد اجتماعاتها، وأنه يتم تعيين أعضاء هذه اللجنة ومستخلفيهم من طرف الوزير المعني، بموجب قرار، وذلك بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته ويختارون لذلك نظرا لكفاءاتهم، ويعين أعضاء هذه اللجنة ومستخلفوهم من قبل إدارتهم وبأسمائهم بهذه الصفة لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد<sup>(2)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية لم يجعل ممثل المصلحة المتعاقدة عضوا فيها لكنه سمح بحضوره لاجتماعات اللجنة بانتظام وبصوت استشاري، ويكلف بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها<sup>(3)</sup>.

## II- اختصاصات اللجنة: على غرار بقية اللجان فإنه:

- تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات والملاحق ودفاتر الشروط والطعون ، وكذا النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات التي تكون من اختصاص الإدارة المركزية والمصالح غير المركزية للدولة والمؤسسات الوطنية التابعة لها والجماعات المحلية والمؤسسات المحلية التابعة لها.

- كما تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى<sup>(4)</sup>.

- كما تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات والطعون المتعلقة بالاعتراض على اختيار المصلحة المتعاقدة بتوافر المعيار المالي لها على النحو التالي:

- \* بالنسبة لعقد الأشغال يجب أن يفوق مبلغها مليار دج.
- \* بالنسبة لصفقة اللوازم يجب أن يفوق مبلغها 300 مليون دج.
- \* بالنسبة لصفقة الخدمات يجب أن يفوق مبلغها 200 مليون دج.
- \* بالنسبة لصفقة الدراسات يجب أن يفوق مبلغها 60 مليون دج.

كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106

(1) - المادة 152 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 20 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر: المادة 153 فقرة 2 و 3 المعدلة بالمادة 22 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3) - انظر: المادة 154 المعدلة بالمادة 22 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(4) - راجع المادة 148 مكرر 1 من المرسوم الرئاسي 10-236 المحدثة بالمادة 19 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

من تنظيم الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

ويعد اختصاص هذه اللجنة متسعا من ناحية دراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة، بحيث يجب أن تكون أيضا الجهة المعنية بالصفقة والطعن هي:

-المؤسسات العمومية الوطنية الواردة في نص المادة 2 من التنظيم.

-مركز بحث وتنمية وطني.

-مؤسسة عمومية اقتصادية، وهذا بمراعاة الطبيعة الجغرافية للمؤسسة حسب ما نصت عليه المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية السابق ذكرها.

### سابعاً: اللجان الوطنية للصفقات العمومية:

لقد كانت الرقابة على الصفقات العمومية الوطنية مجسدة في اللجنة المركزية للصفقات العمومية المنشأة بموجب المرسوم 64-103 المؤرخ في 26/03/1964 وكذلك الصندوق الجزائري للتنمية، أي قبل صدور أول تنظيم للصفقة العمومية في الجزائر وهو الأمر 90/67، لكن رأيها كان استشارياً فقط حتى في ظل هذا الأمر وكذا نصوص المواد 4 و5 من القرار المنظم للنظام الداخلي للجنة المركزية للصفقات<sup>(2)</sup>.

ولقد أضفى على أعمال اللجنة الوطنية للصفقات العمومية بالصفة التقريرية وكذا اختصاصها بصدور المرسوم 82-145 الذي أعاد تنظيم موضوع الصفقات العمومية في الجزائر.

وتواصلت عمليات تنظيم هذه اللجنة عبر تعديلات متعاقبة وصولاً إلى المرسوم الرئاسي 12-23 المعدل للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ولقد تم إحداث لجنة وطنية واحدة للصفقات العمومية بهذا الاسم في كل التنظيمات السابقة لقانون الصفقات العمومية ولقد كانت مرتبطة بوزارة التجارة. لكن بصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المذكور أعلاه، جعلها تنظيم الصفقات العمومية لجاناً وطنية تحظى بالرعاية والاهتمام الكبير من حيث النصوص الخاصة المتضمنة تشكيلها هذه اللجان وصلاحياتها<sup>(3)</sup>.

(1) - انظر المادة 148 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236 المحدثه بالمادة 19 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - قرار وزير التجارة مؤرخ في 11 نوفمبر 1974 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 25 الصادرة بتاريخ 21 مارس 1975 ص: 314، 316.

(3) - بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 289.

ولقد نصت المادة 142 من هذا المرسوم الرئاسي على إحداث هذه اللجان الوطنية للصفقات  
قائلة: « تحدث اللجان الوطنية للصفقات الآتية:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.
- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات»<sup>(1)</sup>.

إن تقسيم اللجنة الوطنية إلى هياكل يفرض علينا دراسة كل لجنة على حدى من ناحية تشكيلها  
ومجال رقابة خاص بها.

تم تحديد صلاحيات هذه اللجان كما يلي:

### **I. تشكيل ومجال رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية:**

#### **1. تشكيل ومجال رقابة اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال:**

**أ. تشكيلها:** وتتكون اللجنة الوطنية لصفقات اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال حسب تحديد  
المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية من:

- وزير المالية أو ممثله رئيسا.
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية) نائبا للرئيس.
- ممثل وزير الدفاع الوطني.
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية.
- ممثل وزير الخارجية.
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل وزير العدل.
- ممثل وزير الموارد المائية.
- ممثل وزير النقل.
- ممثل وزير الأشغال العمومية.
- ممثل وزير التجارة.

(1) - المادة 142 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- ممثل وزير السكن والعمران.
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الإستثمار.
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.

وفي حالة ما إن تم إدماج دوائر وزارية يعين الوزير المعني ممثلاً واحداً<sup>(1)</sup>.

#### ب. مجال رقابتها

- تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في مجال الرقابة في كل مشروع:
- صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق لهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم أي:
  - إذا تجاوز هذا الملحق نسبة 10% من المبلغ الأصلي بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.
  - إذا تضمن الملحق عمليات جديدة يتجاوز مبلغها النسبة المحددة أعلاه.
  - صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 106 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار مليار دينار جزائري أو أكثر من ذلك.

- ملحق يرفع المبلغ الأصلي إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر من ذلك<sup>(2)</sup>.

#### 2. تشكيل ومجال رقابة اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم:

أ. تشكيلها: تتكون اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم حسب تحديد المادة 150 من تنظيم الصفقات العمومية من :

- وزير المالية أو ممثله رئيساً.
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية) نائب للرئيس.
- ممثل وزير الدفاع الوطني.

---

(1) - المادة 149 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .  
(2) - المادة 146 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 18 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

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

وفي حالة ما إن تم إدماج دوائر وزارية يعين الوزير المعني ممثلا واحدا<sup>(1)</sup>.

**ب. مجال رقابتها:** تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في مجال الرقابة في كل مشروع:

- صفقة لوازم يفوق مبلغها 300 مليون دينار جزائري وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم أي:

• إذا تضمن الملحق عمليات جديدة يتجاوز مبلغها النسبة المحددة أعلاه.

- صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 106 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار مبلغ 300 مليون دينار جزائري أو أكثر من ذلك.

- ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد أعلاه أو أكثر<sup>(2)</sup>.

**3. تشكيل ومجال رقابة اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات:**

**أ. تشكيلها:** تتكون اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات حسب تحديد المادة 151 من

تنظيم الصفقات العمومية من:

---

(1) - المادة 150 من المرسوم الرئاسي 10\_236 المعدلة بالمادة 18 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر المادة 151 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 18، من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .



- وزير المالية أو ممثله رئيسا.
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية) نائب للرئيس.
- ممثل وزير الدفاع الوطني.
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية.
- ممثل وزير الشؤون الخارجية.
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل وزير الموارد المائية.
- ممثل وزير النقل.
- ممثل وزير الأشغال العمومية.
- ممثل وزير التجارة.
- ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي.
- ممثل وزير السكن والعمران.
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الإستثمار.
- ممثل الوزير الوصي من المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة.

وفي حالة ما اذا تم إدماج دوائر وزارية يعين الوزير المعني ممثلا واحدا<sup>(1)</sup>.

ب. **مجال رقابتها:** تفصل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات في كل مشروع:

- صفقة خدمات يفوق مبلغها 200 مليون دينار جزائري وكذا كل ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.
- صفقة دراسات يفوق مبلغها 60 مليون دينار جزائري وكذا كل ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من هذا المرسوم.

وفي كلا الحالتين فعلى الملحق أن يكون متجاوز النسبة 10% من المبلغ الأصلي بالنسبة للصفقة التي هي من اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، أو أن يكون متضمنا عمليات جديدة يتجاوز مبلغها النسبة المحددة أعلاه.

(1) - انظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 18 من المرسوم الرئاسي 12-23 .

- صفة تحتوي على البند الوارد في المادة 106 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ 200 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الخدمات و60 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الدراسات أو أكثر من ذلك.

- ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحدد أعلاه أو أكثر<sup>(1)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق يمكننا القول أن رئاسة كل لجنة من هذه اللجان قد أنيطت للوزير المكلف بالمالية أو ممثله القانوني، وما يمكن ملاحظته عمليا أن رئاسة هذه اللجان غالبا ما تعهد لممثل معين من وزير المالية في إطار العمل على توحيد الجهود وعدم عرقلة مهام اللجان وذلك بسبب الانشغالات العديدة له (وزير المالية) في مختلف القطاعات في الدولة وكذا المهام الملقاة على عاتقه باعتباره رئيسا لكل لجنة وطنية للصفقات، وتلك الأمور تجعل وزير المالية في وضع لا يمكن معه الجمع بصفة شخصية بين رئاسة اللجنة ودوره كوزير للمالية ولهذا أشارت المادة 152 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بالمرسوم 12-23 إلى إمكانية أن يرأس اللجان الوطنية للصفقات - في حالة غياب رؤسائها أو حدوث مانع لهم - نواب الرؤساء. كما نلاحظ على تشكيلة كل لجنة وطنية أنها عينة تمثيلية لكل القطاعات وربما هذا يفيد أكثر من ناحية التخصص ووجود الكفاءات والخبرات لاستيعاب محتوى الصفقة.

ويعين الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار أعضاء هاته اللجان ومستخلفيهم بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته وذلك بالنظر إلى كفاءاتهم، وقد صدر القرار بتاريخ 23 مارس 2011 منشورا في الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 2011، حيث تم الإعلان بموجبه عن القائمة الاسمية لأعضاء لجنة صفقات الأشغال، سواء بالنسبة للأعضاء المستخلفين أو الأساسيين.

ويعين هؤلاء الأعضاء ومستخلفيهم من قبل إدارتهم وبأسمائهم بهذه الصفة لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد ما عدا الرئيس ونائب الرئيس علما أنه يمكن تجديد اللجان بالثلث كل ثلاث سنوات مع تحديد العدد الأقصى للعهد بـ 3 سنوات دون تحديد طبيعة هذا التحديد.

كما أكد تنظيم الصفقات العمومية على أن ممثل المصلحة المتعاقدة يحضر اجتماعات اللجان الوطنية للصفقات بانتظام وبصوت استشاري مع تكليفه بتقديم جميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة التي يتولى تقديمها<sup>(2)</sup>.

(1) - انظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 18 من المرسوم الرئاسي 12-23 تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر المواد من 152 إلى 154 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

كما يظهر جليا من خلال أعضاء هذه اللجان ارتباط الصفقة بالمال العام والخزينة العامة ومحاولة إظهار جوانبها الاقتصادية والاجتماعية، وهذا الارتباط يبرزه كذلك مجال رقابة هذه اللجان والذي يختلف من لجنة وطنية إلى أخرى حسب نوع الصفقة أي موضوع الصفقة ومقدارها المالي وملحقها..

## II. صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات العمومية: تتمثل صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات

العمومية في ما يأتي:

- تساهم في إعداد وتنظيم الصفقات العمومية.
- تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- كما تتولى هذه اللجان في مجال رقابة مدى قانونية إجراء إبرام الصفقات العمومية ما يأتي:
- تدرس مشاريع دفاتر الشروط التي تدرج ضمن اختصاصها.
- تدرس مشاريع الصفقات والملاحق التي تدرج ضمن اختصاصها.
- تدرس الطعون التي تدرج ضمن اختصاصها والتي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة.
- تدرس الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة.
- تخطر بالصعوبات الناجمة عن تطبيق قراراتها.
- تسهر على التطبيق الموحد للقواعد المقررة في هذا المرسوم.
- كما ترتقي آراء ومقررات هذه اللجان إلى درجة التنظيم ويمكن لها في إطار ممارسة اختصاصاتها:
- أن تقترح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات العمومية.
- تعد وتقدم نظاما داخليا نموذجيا يحكم عمل لجان الصفقات المذكورة في المادتين 140 و 156 من هذا المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23<sup>(1)</sup>.

(1) - انظر المواد من 143 إلى 145 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- كما تمارس هذه اللجان رقابة قبلية تتوج بإصدار تأشيرة في غضون 45 يوما على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان.

- وتتولى هذه اللجان الوطنية المصادقة على النظام الداخلي النموذجي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي<sup>(1)</sup>.

وما يمكن قوله أخيرا هو أنه يمكن اعتبار هذه اللجان مصدرا هاما من مصادر تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر فبعد أن كانت في المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عبارة عن لجنة واحدة تحال أمامها كل منازعات الصفقات على مستوى التراب الوطني وفي كل القطاعات وهذا في الحقيقة يسجل مركزية شديدة على نص المادة 102 من هذا المرسوم والسابق ذكرها<sup>(2)</sup>، إلا أنه في الوقت الحالي وبموجب المرسوم الرئاسي 10-236 فإن هذه المركزية تشتت إلى حد ما، وذلك حسب طبيعة واختصاص كل لجنة من اللجان الوطنية للصفقات لما في ذلك من أهمية في تقاسم الأعباء والتنظيم والرقابة وتنسيق الجهود.

لكن بعد تقسيم هذه اللجنة الوطنية إلى 3 هيكل وأوكلت لها مهام الدراسات والخدمات والأشغال إلا أنه اتضح أن التعديل هذا لم يكن كافيا لتقليص الآجال الطويلة التي تستغرقها معالجة الملفات العديدة المودعة من قبل مختلف القطاعات، لهذا ولتقليص الإجراءات التي تسبق فتح الورشات ومن ثمة تفادي التكاليف الإضافية، ولهذا رخص مجلس الوزراء بإنشاء اللجان القطاعية للصفقات التي تطرقنا إليها سابقا<sup>(3)</sup>.

ويجدر بنا أن ننوه بأن اللجان الوطنية للصفقات تمتلك دون سواها اختصاصا عضويا واسعا يشمل جميع الإدارات والمؤسسات في نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وهذا فعلا يتمشى وتسميتها<sup>(4)</sup>.

إن أهم ملاحظة يمكن إثارتها بشأن صلاحيات هذه اللجان، هو أنه هناك توسيع في اختصاص كل من:

- اللجنة الولائية واللجنة الوزارية بخصوص النظر في الطعن الناتج عن المنح المؤقت.

- اللجنة القطاعية واللجان الوطنية بخصوص النظر في الطعن الناتج عن المنح المؤقت.

(1) - انظر المادتين 155 و156 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - بوضياف (عمار): مرجع سابق ص: 223.

(3) - بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011: [www.premier ministre.gov.dz](http://www.premier ministre.gov.dz)

(4) - بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص 299.

بحيث لو دققنا في الأسقف المالية المحددة للاختصاص لوجدناها هي ذاتها بالنسبة للجنة الولائية واللجنة الوزارية معاً، واللجنة القطاعية واللجان الوطنية معاً.

فهناك تنازع إيجابي سيحدث لا محال طالما كان السقف أو العتبة واحدة.

ومن حسن الحظ أن المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية أوجبت ذكر لجنة الصفقات المعنية بالنظر في الطعن، وهذا في إعلان المنح المؤقت لقولها: «ويجب أن يشير إعلان المنح المؤقت للصفقة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن...».

ومع ذلك لا نخفي تخوفنا من تطبيق مقتضيات هذه المادة، وما ستسفر عنه من اختلاف في قواعد الاختصاص بين لجنة وأخرى<sup>(1)</sup>.

والتساؤل الذي يتبادر إلى أذهاننا هو لماذا حرم تنظيم الصفقات العمومية لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ولمراكز البحث والتنمية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الاقتصادية من النظر في الطعون؟ كل ذلك كان عن تحديد اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية، فما هي إجراءات ونتائج هذا الطعن أمامها وما هو جدوى ذلك؟

### الفرع الثاني:

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

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

وتحقيقاً لذلك فإن هذا الطعن يرفع بشروط محددة قانوناً أمام هذه اللجان (أولاً) وأن الطعن سيسفر عن نتائج، فهو إذن يحتاج إلى تحديد جدوى اللجوء إليه (ثانياً).

(1) سيو ضيايف (عمار) :مرجع سابق ، ص289.

## أولاً: شروط رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات المختصة:

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

**I. الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن:** يجب أن يفرع الطعن الإداري أو التظلم في الشكل المكتوب وأن يحتوي على عرض الوقائع وتحديد النصوص القانونية التي يستند عليها المتظلم في تحديد طلباته والإشارة إلى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم استجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ سواء بتعويض الأضرار أو بالتراجع عن القرار محل التظلم<sup>(1)</sup> وهذا ما يشترط على الطاعن أو المتعهد الذي لم يقع عليه الاختيار من قبل المصلحة المتعاقدة أن يبينه حتى يوضح أسباب الانحراف بقرار المنح المؤقت مثلاً.

**II. شرط ميعاد الطعن:** يشترط على الطاعن التقيد بمواعيد الطعن الوارد في النصوص القانونية وذلك، لارتباطها بشرط الميعاد رغم أن هذا الأخير شرط منفصل<sup>(2)</sup>.

والميعاد المقرر في منازعات الصفقات العمومية لرفع هذا الطعن أمام اللجان المختصة هو 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة، مع إمكانية تمديد هذا الأجل في حالة مصادفة اليوم العاشر مع يوم عطلة أو راحة قانونية وهنا يرفع الطعن في يوم العمل الموالي.

غير أنه في حالات المسابقة أو الإستشارة القانونية فإن الطعن يقدم عند نهاية الإجراء، وتقدم كافة الطعون أمام لجان الصفقات المختصة وفق اختصاص كل لجنة وكذا الطبيعة الجغرافية للمؤسسة حتى ولو كانت الصفقة تابعة لاختصاص لجنة صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية المذكورة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية<sup>(3)</sup>، أما بقية القرارات الإدارية المنفصلة فسوف تخضع إلى الميعاد المقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو أربعة أشهر.

أما ميعاد رفع الطعن في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية أمام اللجنة الوطنية المختصة فإنه يخضع هو الآخر للقواعد العامة أي 4 أشهر لأن النص لم يخصه بميعاد محدد في نص المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية بل اكتفى بالقول «... يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل

(1) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 90.

(2) - عبدلي (سهام) :مرجع سابق ص. 90

(3) - انظر المادة 114 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23.

مقاضاة...» (1).

ويفهم من ذلك أنه يكفي أن يقدم الطعن بعد صدور القرار وقبل رفع الدعوى بل يجب أن يكون مقدما في الميعاد القانوني أيضا(2).

**III. الشروط المتعلقة بالجهة المختصة:** يشترط في الطاعن أن يقدم طعنه إلى الجهة الإدارية المختصة أي السلطة الإدارية التي تتمتع بصلاحيات اتخاذ القرار المطلوب منها وبالتالي فإن الطعن أو التظلم الإداري المرفوع أمام جهة إدارية غير مختصة لا يؤخذ بعين الاعتبار(3)، ومن خلال ذلك فإنه وتسهيلا للإجراءات وإزالة الغموض أمام المتعهد الطاعن، أوجبت في الفقرة السادسة من المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية أن تحدد اللجنة المختصة بدراسة الطعن في إعلان المنح المؤقت(4).

كما نصت المادة 23 من المرسوم رقم 88-131 الصادر بتاريخ 1988/07/04 المتعلق بالعلاقات بين الإدارة والمواطن على أنه «إذا قدم لمصلحة أو هيئة طلب لا يدخل في اختصاصها بإمكانها قدر المستطاع أن تحول الطلب المذكور إلى المصلحة أو الهيئة المعنية مع إشعار الطالب بذلك في الوقت ذاته»(5) غير أن عبارة قدر المستطاع لا تلزم الإدارة وهو موقف متردد لا يهدف إلى تبسيط الإجراءات أمام الإدارة(6).

ولقد نصت المادة 830 فقرة 5 من ق.إ.م.إ على أنه «يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة»(7).

ويقع عبء الإثبات على المتظلم طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى" ويكون الإثبات سهلا خاصة في حالة الرد الصريح من الإدارة (القرار الإداري السابق) أما في حالة سكوت الإدارة عن

(1) - المادة 115 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - زيدان[علي الدين]: السيد[محمد] مرجع سابق ص: 29.

(3) - خلوفي(رشيد): مرجع سابق، ص: 25.

(4) - انظر المادة 114 فقرة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

(5) - المادة 23 من المرسوم رقم 88-131 الصادر بتاريخ 1988/07/04 المتعلق بالعلاقات بين الإدارة والمواطن ج ر عدد 27، المؤرخة في 1988/07/06.

(6) - عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 92.

(7) - المادة 830 فقرة 5 من ق.إ.م.إ.

التظلم، يمكن للمتظلم إثبات وجود هذا الشرط بتقديم الوصل البريدي<sup>(1)</sup>.

## VI. الشروط المتعلقة بشخص الطاعن:

لا يشترط لصحة الطعن أو التظلم توافر شروط الدعوى من مصلحة وصفة بل يشترط أن يكون للطاعن أهلية التصرف المدنية<sup>(2)</sup>، بينما يرى الأستاذ "خلوفي رشيد" أنه يجب أن تتوفر في شخص الطاعن الشروط الواردة في المادة 13 من ق.إ.م.إ وهي الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة، وأنه يمكن للطاعن أن يرفع تظلمه بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام<sup>(3)</sup>.

كما نستنتج من عبارة "يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة... أن يرفع طعنا..." والمذكورة في المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية أنه:

- لا يحق لغير المتعهد اللجوء إلى هذا الطريق والمقصود بالمتعهد هو من قدم اقتراحا للمصلحة المتعاقدة بخصوص موضوع الصفقة، أما المتنافسين الذين لم يقدموا عروضاً فليس لهم استعمال هذا الطريق أي الطعن الإداري ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة كأن يرفض أعوانها استلام العرض أو يرفض تمكين المتنافسين من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة أو حتى لم تحترم المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من أجل تقديم العروض.

- كما أن صيغة المفرد التي وردت في النص بالقول "يمكن للمتعهد" معناها أن الطعون الإدارية ترفع فردية ولا مجال لقبول الطعون الجماعية<sup>(4)</sup>.

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

**ثانياً: نتائج وجدوى رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:**

**I. نتائج رفع الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:** بمجرد تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة بمنازعات إبرام الصفقة العمومية فإنها تجتمع حسب التشكيلة المقررة لها بموجب تنظيم الصفقات العمومية وبحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري لتصدر رأيها في أجل 15 يوماً يبدأ سريانها من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المقررة لرفع الطعن، وهنا غفل تنظيم الصفقات العمومية عن إضافة الأجل الممدد الذي منحه لتقديم الطعن كإنتلاقه لحساب الخمسة عشر يوماً لصدور رأي اللجنة.

(1) - خلوفي(رشيد): مرجع سابق، ص: 111.

(2) - عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 92.

(3) - خلوفي(رشيد): مرجع سابق، ص: 107.

(4) - بن ناجي(شريف): محاضرات في الصفقات العمومية لقاءة على طلبة الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء الجزائر: 2004-2005.



لكنه أكد أن هذا الطعن يوقف اللجنة عن دراسة مشروع الصفقة التي تختص بها إلى غاية انقضاء 30 يوما من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت الموافق للأجل المحددة لتقديم الطعن ودراسته وتبليغه<sup>(1)</sup>.

كما أوجب تنظيم الصفقات العمومية على اللجنة التي تنتظر في الطعن أن تبلغ نتيجته إلى الطاعن وللمصلحة المتعاقدة وفي هذا الإطار، تنص المادة 114 فقرة 3 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه "تصدر لجنة الصفقات رأيا..." وهو نفس ما جاء به النص المترجم إلى اللغة الفرنسية "AVIS"<sup>(2)</sup>، وهذا أمر يتفق مع تشكيلة لجان الصفقات المختلفة لأنها مكونة من رجال الإدارة ويرأسها إما والي أو وزير حسب الحالة أو مفوض عنهما وأن هذه الآراء يمضيها رئيسها فضلا على أن رأي اللجنة يفضل على رأي الفرد لأنه ينال القبول العام وهو حصيلة آراء متعددة وتعبير عن خبرات عدة أفراد وبالتالي سيكون موضوعيا رصينا<sup>(3)</sup>.

لكن هناك مشكل يتعلق بالطابع التنفيذي لهذا الرأي من أجل استخلاص الآثار القانونية المترتبة عنه ومن أجل ذلك لا بد من الاعتماد على ما ذهب إليه الفقه في هذا المجال الذي أقام التفرقة بين: الرأي الاستشاري والرأي الإلزامي والرأي المطابق:

- فالرأي الاستشاري أو الرأي غير الإلزامي: وهو الرأي الذي لا تكون الهيئة ملزمة بالتقيد به، غير أنه إذا تم الأخذ به يجب أن يتم ذلك بدقة، بدون أن تكون الهيئة التي طلبته بالأخذ إلا بالنص الأساسي أو التعديلات التي يقترحها الرأي.

- والرأي الإلزامي: وهو رأي تكون الهيئة ملزمة بطلبه مع إمكانية عدم الأخذ به، غير أنها ملزمة بتبني نص يستبعد إما النص الأول أو النص الذي تقترحه الهيئة أو نص يوافق بين الإثنين، وليس بإمكانه تبني نص لم يخضع للاستشارة.

- والرأي المطابق أو الرأي الموافق هو رأي يلزم الهيئة لكي تنفذه، فليس لها الأخذ به فحسب بل بالمعنى الذي جاء به، لذا فإن هذا الإجراء في الحقيقة هو "تقرير مشترك"<sup>(4)</sup>.

ولتكيف الرأي الذي تصدره لجنة الصفقات المختصة لا بد من الأخذ بعين الاعتبار ما يلي:

(1) - انظر المادة 114 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

(2) - تنص ترجمة الفقرة الثالثة من المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي:

(15) « La commission des marchés compétente donne un avis dans un délai de quinze jours... ».

(3) - الشخيلي(عبد القادر): مرجع سابق ص ص: 13، 14.

(4) - فودال(جورج) دلفولفي(بيار): ترجمة القاضي(منصور): القانون الإداري بيروت 1997 ص: 232-234.

• أن غاية الرقابة الخارجية للصفات العمومية هي التحقق من مطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول به<sup>(1)</sup>، فمتى لاحظت لجان الرقابة الخارجية عند فحص الطعن المرفوع لها طبقاً لأحكام المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية أن المصلحة المتعاقدة لم تحترم القانون فسوف تصدر رأياً يبين ذلك، تقترح فيه على المصلحة المتعاقدة إعادة النظر فيه.

• أنه سوف يعاد عرض الصفقة أمام لجنة الصفقات المختصة مرة أخرى من أجل منح التأشير في إطار تنفيذ الصفقة، فإذا لم تأخذ المصلحة المتعاقدة ما جاء في رأيها فإن لها أن ترفض منح هذه التأشير وتعلله بمخالفة التشريع والتنظيم المعمول به<sup>(2)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق فإن المصلحة المتعاقدة مجبرة في الواقع بأن تتبع رأي لجان الصفقات المختصة أي أنه رأي مطابق ولو أن القانون لم ينص على هذا التكييف صراحة.

أما بخصوص رفع الطعن الإداري المسبق أمام اللجان الوطنية للصفات المختصة في إطار تسوية منازعات التنفيذ وذلك حسب نص المادة 115 فقرة 5 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه لم يحدد بهذا الخصوص إجراءات خاصة ومتميزة يستوجب على الطاعن اتباعها كما هو الحال في منازعات الإبرام ولهذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المقررة للطعن الإداري المسبق مع مراعاة متطلباته في حالة اللجوء إليه.

وهنا تجتمع اللجنة الوطنية للصفات المختصة عند اتصالها بالطعن المرفوع أمامها، وتصدر فيه مقررًا، حيث أزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بالتقيد بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة، وفي هذا الصدد أكدت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية بقولها: «...يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشير هيئة الرقابة الخارجية القبلية...»<sup>(3)</sup>.

إن تخصص سريان مقرر لجان الصفقات المختصة بنظر الطعن على المصلحة المتعاقدة دون المتعاقد معها يترتب ما يلي:

- أن قرار اللجنة الوطنية للصفات المختصة يكتسي حجية النفاذ اتجاه الإدارات المعنية وهذا أمر طبيعي بحكم موقع اللجان الوطنية للصفات وطاقمها البشري ورئاستها وبحكم مهامها المتنوعة

(1) - انظر المادة 120 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر المادة 155 من نفس المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) - المادة 115 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي نفسه.

خاصة في مجال الرقابة فلا غرابة أن يكون قرارها ملزما لجميع الإدارات<sup>(1)</sup>.

- انتفاء إلزامية قرار اللجنة على المتعاقد مع الإدارة وأن هذا القرار يرتب ضررا في حالة الاستجابة للطعن، إلا أنه في حالة رفض هذا الأخير فإنه يبقى من حق المتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية عندما نظم منازعات تنفيذ الصفقة بموجب المادة 115 السابق الإشارة إليها من تنظيم الصفقات العمومية، أنه أوجب على اللجان الوطنية للصفقات المختصة أن تحسم النزاع المعروف عليها خلال مدة 30 يوما بدء من إيداع التظلم أو الطعن وهو ما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية حاول بهذا القيد الزمني أن يلزم اللجنة الوطنية بضرورة عقد اجتماع لمعرفة مصير الطعن واما إذا كانت ستصل إلى حل يرضي المتعامل المتعاقد أو أن يدخل النزاع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن استجاب المدعي لمضمون المادة 115 من التنظيم<sup>(2)</sup>.

## II. جدوى رفع الطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة:

### 1. الإيجابيات:

مما لا شك فيه أن تعلق مصير الطعن الإداري برد الإدارة يعطيها فرصة لتراجع نفسها ما ينتج عنه تحقيق الإكتظاظ والتقليل من الدعاوى أمام الهيئات القضائية، وإن غياب مرحلة أولى سابقة عن المرحلة القضائية سيفتح المجال لكل مواطن يدعي تضرره من الإدارة إلى اللجوء إلى القضاء مما يسبب إكتظاظ الطوابير أمام هذا الأخير ليصدر في النهاية حكم يقضي بأن الضرر المدعى به خال من كل حقيقة قضائية<sup>(3)</sup>.

فبفضل الطعن أو التظلم تتمتع الإدارة بحق الخيار بين أن تقف موقف المدعي عليها أمام الغرف الإدارية (المحاكم الإدارية حاليا) أو أن تسوي النزاع وديا وتتفادى بذلك المرافعات القضائية<sup>(4)</sup>. كما ان الحكمة والغرض من التظلم هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطرق أيسر على الناس وإنهاء تلك المنازعات في مراحلها الأولى، خاصة وأن الرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية أمر لا يمكن الاستغناء عنه لأن تنظيم الصفقات العمومية منح لجان الصفقات المختصة صلاحية النظر في الطعون المقدمة من قبل المحتجين على

(1) - بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 318.

(2) - المرجع نفسه ص: 317.

(3) - لوصيف(نوال): مرجع سابق ص: 55.

(4) - عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 94.

اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات الإبرام، كما سمح برفع طعن قبل كل مقاضاة من طرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إطار منازعات التنفيذ كما بسط تنظيم الصفقات العمومية الإجراءات وجعلها غير متكلفة وقصر الأجال وهذا ما يعني مجانية الأفراد المتظلمون عرقلة حصولهم على مصالحهم وحماية حقوقهم وحررياتهم بالإستجابة في أقصر وقت وبأقل الجهود والتكاليف وأبسط وأخف الإجراءات لطلباتهم.

كما تمتلك السلطات الإدارية المختصة بالنظر والفصل في التظلمات الإدارية سلطات واسعة وكاملة في مواجهة أعمالها المطعون فيها كما أن مجال التظلم أوسع من مجال الدعوى الإدارية<sup>(1)</sup>. هذا ما أكدته تنظيم الصفقات العمومية، من خلال التعزيزات في تشكيلة لجان الصفقات المختصة وكذا الصلاحيات المخولة لها لتكون الأجدر بنظر الطعون حقا أفضل من أي جهة أخرى.

- كما أن الطعن أمام اللجنة المختصة لدراسته يتماشى والقواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد، خاصة تلك المنصوص عليها في المادة 9 منه<sup>(2)</sup>، وأن عرض النزاع على لجنة الصفقات يخدم سرعة البت في المنازعة، وأن اللجنة التي ستفصل في الطعن مقيدة بالمدّة.

وهذه الأفكار تجعلنا نسلم بفكرتين هما:

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

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

وفي هذا يقول المثل الفرنسي:

---

(1) - عوابدي (عمار): النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ج2: د.م. ج ص: 366.  
(2) - تنص المادة 9 من القانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 2006/3/8، على مايلي: «يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة، وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية. الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية. ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية».

(1) « Un mauvais arrangement étant toujours préférable à un bon procès».

وبالتالي فإن مسلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا تنظيم الصفقات العمومية في التخلي عن شرط التنظيم الإلزامي في جميع المنازعات العامة وكذا منازعات الصفقات العمومية \_ والتي تتميز بطابع تقني ومعقد \_ هو مسلك يستحق الثناء والتشجيع، لأنه يؤدي إلى جعل العدالة الإدارية في متناول الأفراد.

ومن ثمة إخضاع الإدارة للرقابة القضائية وحماية المشروعية من خلال هذه الرقابة وهذه هي ميزة دولة القانون (2).

## 2. السلبيات:

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

وفي هذا الصدد يقول فخامة رئيس الجمهورية "عبد العزيز بوتفليقة" عند افتتاحه للسنة القضائية 2001 و 2002 «أن الطعن ضد ممارسات أعوان الإدارة قد سمح لتسوية بعض حالات النزاعات وإعادة الحقوق التي هضمت ظلماً وإجحافاً، وكثيراً ما يلاحظ وياً للأسف حدوث إهمال أو تقاعس عن المسؤوليات من جانب أولئك الذين تعرض عليهم مثل هذه الطعون.

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

ليس هناك واحد من الإدارة يخلو بدرجة أو بأخرى من مثل هذه الأوضاع السلبية حيث تداخل المسؤوليات والتهرب منها وغموض التنظيمات وعمليات اتخاذ القرار وعدم فعالية الطعون قد مهدت الطريق أمام الإهمال والرداءة وكثيراً ما شجعت على التبذير والإنحراف بالخدمة العمومية عن وجهتها...» (3).

ولقد أكدنا فيما سبق أن رأي لجان الصفقات العمومية هو رأي مطابق يلزم الإدارة باتباعه

(1) - Debbasch (Charles) : Institutions et droit administratif. T2 collection themis P.U.F paris : 1978.p 211.

(2) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 371.

(3) - فخامة رئيس الجمهورية بو تفلقة (عبد العزيز) : كلمة القاها عند افتتاح السنة القضائية 2001-2002، منشورة بالمجلة القضائية عدد 1 لسنة 2002 .

لكن هذا الرأي سواء صدر بالإستجابة لموضوع الطعن أو رفضه فإنه يحدث ضررا في الحالتين:

- في حالة رفض الطعن فإن الضرر يلحق بالمتعهد الطاعن والذي كانت له مصلحة في رفع الطعن وهنا يمكنه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه.

- في حالة الاستجابة للطعن فإن الضرر يلحق بالمتعاقد مع الإدارة والذي صدر قرار المنح المؤقت لصالحه في أول مرة لأن مركزه القانوني سيتغير كمتعاقد محتمل يمكنه الفوز بالصفقة نهائيا.

ويتحقق هذا الضرر لكون الصلة الشخصية التي تجمع بين الرئيس ومروؤوسيه وبين الزملاء ببعضهم البعض تجعلهم يتكاثفون عند الضرورة للدفاع عن التصرفات الخاطئة التي قد يقع فيها البعض وهذا ما يبرز أهم أثر سلبي للنظم وهو تقييد إرادة الفرد في مخصصته للإدارة<sup>(1)</sup>، لأن هناك علاقة تبعية ترتبط بها، فحتى وإن أدى الطعن إلى حل ودي للنزاعات المطروحة أو إلى تحقيق بعض التنازلات فالطبيعة القانونية لهذه التنازلات تظل متوافقة مع العلاقة بين الإدارة والمحكومين<sup>(2)</sup>.

كما ان تنظيم الصفقات العمومية لم يشر الى جزاء ما يجوز للجان المختصة توقيعه على اي من طرفي النزاع اذا امتنع عن تنفيذ ما كلفته به اللجنة ، وهذا يجعلنا نعتقد انه لا يجوز للجنة الحكم بالغرامة، كما لا يجوز لها ان توقف نظر طلب الطعن او ان تقضي بعدم قبوله، و كل ما يمكن للجنة عمله ان تستمر في نظره و اصدار رايها فيه<sup>(3)</sup>.

كما أضاف فخامة الرئيس بوتفليقة بأن «تكاثر الإجراءات البيروقراطية التي كثيرا ما يتم اتخاذها بغية التقليل من المضايقات التي تقع على الإدارة وذلك يعد تكريسا قانونيا يبحث على الإزعاج ويشجع على ارتكاب كل أشكال الرشوة بوضع العراقيل تلو العراقيل من أجل دفع صاحب الدعوى إلى الخضوع والنزول عند رغبة المرتشئين»<sup>(4)</sup>.

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

كما أن نص المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية فتح المجال لمنازعات غير مرغوب

(1)- Auby(M) : Drago(R) : op cit, p : 15..

(2)-Gérard "Marcou" et Amould "Noury": Les alternatives au règlement par juridictions des litiges intéressant l'administration, ed Ronéo, Paris, 2001, p : 210.

(3)-حسن النيداني (الأنصاري-)، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001، ص320.

(4)-فخامة رئيس الجمهورية: بوتفليقة(عبدالعزیز): مرجع سابق، ص: 10.

فيها، من خلال الرأي المطابق الصادر عن اللجنة المختصة، فهو يتمتع بالطابع التنفيذي، لذا فإن المصلحة المتعاقدة مجبرة على التقيد به من أجل الحصول على تأشيرة تنفيذ الصفقة، وهذا ما يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزا أمام القضاء الإداري.

وما يمكن قوله هو أنه رغم التشكيلات المعززة للجان الصفقات المختصة والتي تنظر الطعون في مجال منازعات الصفقات العمومية وكذا صلاحياتها المرتبطة بعمر الصفقة وسيرها على أحسن وجه، وما يترتب عن كل ذلك من المزايا التي ذكرها أعلاه، وكذا مساعي التشريعات في الإصلاحات المتتالية بهذا الخصوص فإنه يبقى «من المقرر قانونا ومستقر عليه أنه لا يمكن للإدارة أن تكون خصما وحكما في نفس الوقت...»<sup>(1)</sup>، وهذا موقف القضاء الجزائري والذي يستحق الثناء عليه.

3. **الإجراء البديل:** بما أن الإمكانيات التي يمكن أن تتيحها الطعون الإدارية حاليا ليست مغرية بالنسبة لذوي الشأن خاصة انعدام ما يلزم الإدارة بالرد على هذه التظلمات الإدارية فكل ذلك لا يحفز على اللجوء إلى هذا الطريق، رغم أنه لهذا الطريق بعد اتفاقي<sup>(2)</sup>، خاصة في مجال منازعات الصفقات العمومية، وبهذا وضمانا لحسن تنفيذ الصفقة العمومية وحفاظا على حقوق كل طرف من أطرافها، لم يغفل تنظيم الصفقات العمومية عن مسألة تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ بالبحث عن حل ودي مثلما تطرق إلى تسويتها عن طريق الطعن الإداري المسبق، حيث تسوى المنازعة عن طريق التفاوض المباشر بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، وذلك ما ادلت به المادة 104 من المرسوم 82-145 وكذا المادة 104 من المرسوم 91-434 والمادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 ومختلف تعديلاته، وكذا المادة 115 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي جاء فيها: «...غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح لهذا الأمر بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

(1) - قرار المحكمة العليا (غ أ) المؤرخ في 17/01/1987 المجلة القضائية عدد3، 1990 ص: 164.

(2) - قاضي (أنيس فيصل): دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسهما مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام: فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2009-2010، ص:

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

و يصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية..<sup>(1)</sup> ويظهر جليا من خلال هذا النص أن تنظيم الصفقات العمومية أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ تفاديا للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الإنتظار فإذا ما تم الإتفاق على حل النزاع وديا يتولى الوزير المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الإتفاق ويبين طبيعة الإلتزامات الجديدة<sup>(2)</sup>.

و ما يجدر التذكير به هو ان تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي يأخذ هو الآخر بقاعدة الحل الودي للنزاع و هذا ما اورده المادة 127 منه قائلا:

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

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

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

La saisine du comité suspend le délai de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs notamment les pouvoirs propres de leur président sont fixés par décret »<sup>(3)</sup>

غير ان القانون المصري فكر في تطبيق اجراء اجباري في المنازعات التي تكون الوزارات و الاشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها و هو التوفيق ، و هذا يعني انه لا يجوز رفع الدعوى او نظرها إلا بعد اللجوء الى محاولة التوفيق ، و التي عهد بها الى لجان غير قضائية ، كما جعل ما تصدره هذه اللجان مجرد توصية لا تلزم الطرفين ، فان قبلها الطرفان قاما بالتوقيع عليها و اكتسبت

(1) - المادة 115 فقرات 2 و3 و4 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) - انظر المادة 115 فقرة 3 و4 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3) - article 2 du décret n° 2011 :1104 du 14 septembre 2011 portant code des marchés publics. JO n°0024 du 24 janvier 2012.



قوة السند التنفيذي و جاز تنفيذها جبراً<sup>(1)</sup>

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

وتتمثل ضوابط الحل الودي للنزاع وكذا أحكامه وحدوده في:

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

ب- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضع الصفقة : حيث ألح تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به، وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي الذي يثور أثناء التنفيذ، فكلما توصل إلى حل ودي وضبط الإتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمين تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

ج- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة: نظراً للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية وحتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة، فرض البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة<sup>(2)</sup>.

وعلى هدي ماسبق يمكننا أن نستنتج أنه:

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

-إن الحالات التي يمكن التفاوض المباشر من أجلها هي تلك المتعلقة بفقد التوازن المالي

(1)-حسن النيداني (الأنصاري)، مرجع سابق، ص 315.

(2)-بوضياف(عمار): مرجع سابق، ص ص314-315.

## الفصل الأول: للجوء للطرق الودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية

للعقد لأحد الأسباب التي تم ذكرها أعلاه أو من أجل التوصل إلى تدارك التأخر في إنجاز المشاريع،  
إذن لا مجال للتفاوض في حالات أخرى مثل:

- سوء إنجاز المتعاقد لمحل الصفقة.
  - عدم إحترام طرق الإنجاز.
  - عدم إستعمال المواد المطلوبة أو الطريقة التقنية المتفق عليها.
- لأن الهدف دوما هو المحافظة على المال والوقت بأن تتم التسوية في أسرع وقت وأقل تكلفة.

## المبحث الثاني:

### اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية

يعد التحكيم نظاما قانونيا عرفته معظم التشريعات القديمة والحديثة على حد سواء على أساس أنه أحد وسائل فض المنازعات على المستوى الداخلي والدولي، كما أنه تطور أكثر ولم يعد قاصرا على المنازعات المدنية والتجارية والدولية، بل اتسع نطاقه ليشمل مجالات كانت بعيدة عنه كما هو الحال في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة والأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة، حيث لم يكن متصورا أن يتم حسم منازعاتها عن طريق التحكيم نظرا للإمكانيات التي تتمتع بها ولا تقبل التنازع بشأنها.

الحقيقة أن ازدهار التحكيم واتساع آفاقه وتربعه في مجال القانون الإداري قد اقترن بنمو العلاقات الاقتصادية بين الأفراد والدول، حيث أدى نزول الدولة وكذا أشخاص القانون العام في الحياة الاقتصادية ورغبتها في تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة، إلى ظهور علاقات مع أشخاص القانون الخاص الوطني وحتى الأجنبي مما ترتب عليه ظهور فكرة التحكيم في منازعات الصفقات العمومية باعتبار أن هذه الأخيرة هي صورة من صور العقود الإدارية، وهذا ما جعل القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتمسك به.

ولإحاطة بموضوع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فإننا سنتعرض إلى نظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية (المطلب الأول) وكذا التنظيم الإجرائي للتحكيم في منازعات هذه العقود (المطلب الثاني)

### المطلب الأول:

#### نظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

يحتل التحكيم مكانة بارزة بين بدائل تسوية المنازعات الداخلية والدولية، لا سيما وأنه يلعب دورا كبيرا في إيجاد حلول لها.

وعلى الرغم من أنه قد كسر حاليا جدار الصمت وسمح باللجوء إليه التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية إلا أنه قد لاقى هجوما كبيرا ومعارضة من جانب الفقه والقضاء والتشريع أيضا، حيث انقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض واختلفت التشريعات حول مشروعية اللجوء إليه لحسم هذه المنازعات.

ولبيان ذلك وحتى نتمكن من تحديد طابع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية فإنه من

الجدير التعرض لمفهوم نظام التحكيم (الفرع الأول) ومدى مشروعية اللجوء إليه في منازعة الصفقات العمومية (الفرع الثاني)

## الفرع الأول:

### مفهوم نظام التحكيم:

يتنازع التحكيم تعريفات عدة في الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة وذلك لما يكتنف هذه المسألة من عدم تحديد، وما تضيفه أهمية هذه الوسيلة من رغبة الفقه في الأنظمة القانونية المتباينة إلى تحديد مفهوم جامع لخصائصها مانع لغيرها من الاشتراك معها في ذات الصفات.

وبناء على ما تقدم فإنه يتعين أن نبدأ بعرض بعض المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم (أولاً) ثم نعرض لتعريفه القضائي (ثانياً) وصولاً إلى تعريفه القانوني (ثالثاً) بغية الوصول إلى تعريفه في مجال منازعات الصفقات العمومية.

### أولاً: المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم:

لقد أعطى الفقه معان اصطلاحية للتحكيم، وذلك كما يلي:

I. في الفقه العربي : بداءة يعرف التحكيم في الفقه العربي تعريفات لا تختلف عن المعنى اللغوي في فحواها، فقد ذهب الماوردي في أدب القاضي إلى أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا عليه، ففي المعنى لابن قدامة: «إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماهما بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما»<sup>(1)</sup>، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿يَا دَاوُدَ إِن جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [سورة ص، الآية: 4] وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُوا لَكَ كَمَا يَقُولُ رَبُّكَ﴾ [سورة النساء، الآية: 65] .

كما يقول النبي صلى الله عليه و سلم «إنما أنا بشر وأنتم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى بينهم بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه فلا يأخذه، فإنني أقطع له قطعة من النار»<sup>(2)</sup>.

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

(1)-مناني (فراج): التحكيم طريق بديل لحل النزاعات: دار الهدى، عين مليلة: الجزائر: 2010 ص: 15.

(2)- السيد(سابق): فقه السنة مجلد 3: دار الكتاب العربي: الطبعة الشرعية 5: 1983 ص 401.

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

كذلك عرف جانب من الفقهاء التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته وسمي عندئذ مشاركة التحكيم، وقد يتفق ذوو الشأن مقدماً وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان التحكيم متعلقاً بمنازعة إدارية فإنه ورد في تعريفه في بعض المؤلفات على أنه الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طبيعة إدارية عقدية أو غير عقدية فيما بينهما أو بين إحداهما أو أحد أشخاص القانون الخاص الوطنية والأجنبية سواء كان اللجوء إلى التحكيم إجبارياً أو اختيارياً وفقاً لقواعد القانون الآمرة<sup>(2)</sup>.

كما عرف الفقه الإسلامي التحكيم في العقود الإدارية على أنه اتفاق بين الجهة الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع المتعاقد معها لفض النزاع الناشئ بينهما بشأن العقد المبرم بينهما من غير طريق القضاء ملزم لهما باختيارهما بما لا يخالف الشرع<sup>(3)</sup>.

II. في الفقه الغربي: لقد تعددت كذلك محاولات تعريف نظام التحكيم في الفقه الغربي حيث يعرفه الأستاذ "Jean Robert" بأنه:

« L'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus pour la circonstance de la mission de les juger »<sup>(4)</sup>.

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

ويعرفه الأستاذ "David René" بأنه:

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une

(1) - مناني (فراج): مرجع سابق ص ص 16 و 17.

(2) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاءً وتحكيمًا: منشأة المعارف الإسكندرية: 2009. ص 339.

(3) - www.hardiscusion.com.

(4) - Robert (Jean) : L'arbitrage : droit interne, droit international privé Dalloz 1993, p6.

question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes

- L'arbitre ou les arbitres les quelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat ».<sup>(1)</sup>

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

ولقد عرف الفقه الانجليزي التحكيم بأنه:

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

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

ولقد عرف الفقهاء الغربيون أيضا التحكيم في المنازعات الإدارية بأنه نظام استثنائي للتقاضي، بموجبه يجوز للدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى إخراج بعض المنازعات الإدارية الناشئة عن علاقة عقدية أو غير عقدية وطنية كانت أم أجنبية من ولاية القضاء الإداري لكي تحل بطرق التحكيم بناء على نص قانوني يجيز ذلك خروجاً عن مبدأ الخطر العام الوارد على أهلية الدولة وسائر أشخاص القانون العام الأخرى في اللجوء إليه<sup>(3)</sup>.

إن هذه التعريفات جميعها وإن كانت شارحة لمفهوم التحكيم وطبيعته الاختيارية والقضائية فإنها تفتقر إلى أحكام الصياغة اللغوية حيث أن بها الكثير من التكرار وسرد لبديهييات لا تحمل السرد<sup>(4)</sup>.

(1)- René (David) : L'arbitrage dans le commerce international édition 1. economica paris 1982. p09.

(2) – Holds worth : history of English law, vol XIV, 1964, P187.

(3)- Auby (JM) : L'arbitrage en matière administrative, AJDA, 1995, P81.

(4)- عبد المجيد إسماعيل (محمد): عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها: منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2003 ص

### ثانيا: تعريف القضاء للتحكيم:

إن الاجتهادات القضائية لم تتفق كذلك على إعطاء مفهوم موحد للتحكيم وهذه بعض محاولاتها في وضع تعريف له:

I. تعريف التحكيم من طرف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة

المصري:

لقد عرفت هذه الجمعية التحكيم في الفتوى رقم 661 في 1989/07/1 جلسة 1989/05/17 بأنه «الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم»<sup>(1)</sup>.

II. تعريف التحكيم من طرف المحكمة الدستورية العليا بمصر: لقد عرفت المحكمة

الدستورية العليا بمصر التحكيم بأنه: «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا عن شبهة الممالأة، مجردا من التعامل وقاطعا دابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية...»<sup>(2)</sup>.

III. تعريف التحكيم من طرف محكمة النقض: لقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم

بأنه «اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين و التروء على حكمهم»، وبأنه «طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية

وفي حديث لها وردت هذا التعريف وقالت أن التحكيم: «طريق لفض الخصومات قوامه

الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكلفه من ضمانات»

وبذات المعنى عرفته محكمة النقض بدبي بأنه «طريق استثنائي لفض المنازعات يتعين أن

يتم الاتفاق عليه صراحة»

VI. تعريف التحكيم من طرف المحكمة الإدارية العليا بمصر: لقد عرفت كذلك المحكمة

الإدارية العليا بمصر التحكيم في قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/18 طعن رقم 882 بأنه:

«اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة

المختصة»

(1) - الفتوى رقم 661 الصادرة بتاريخ 1989/07/1 جلسة 1989/05/17: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها

المحكمة والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في 40 عاما من أول أكتوبر سنة 1955 إلى آخر سبتمبر سنة 1995 ص 143.

(2) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص 338.

V. تعريف التحكيم من طرف مجلس الدولة الفرنسي: لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن «التحكيم يتمثل في سلطة اتخاذ القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم...»<sup>(1)</sup>.

إن هذه التعريفات كما سبق وأن أشرنا ليست منفتحة على إعطاء تعريف موحد وشامل للتحكيم لكنها متكاملة فيما بينها ومتقاربة نوعا ما وتصديق على كل المنازعات مهما كانت طبيعتها تجارية، مدنية، إدارية...

### ثالثا: تعريف القانون للتحكيم:

لقد تعددت التعاريف القانونية للتحكيم وذلك لتعدد القوانين في مختلف الدول التي تأخذ بهذا النظام ومن بين هذه التعريفات نجد:

I. تعريف القانون الفرنسي للتحكيم لقد عرف القانون الفرنسي التحكيم سواء كان شرطا أو مشاركة وذلك في المرسوم رقم 81-500 المؤرخ في 12 ماي 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء في المادة 1442 منه تعريف شرط التحكيم La clause compromissoire بأنه «اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم»

كما عرف اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم بموجب المادة 1447 من ذات المرسوم السابق بأنه «عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه»<sup>(2)</sup>.

ويتضح من هذه التعاريف أن اللجوء إلى التحكيم قد يكون في النزاعات المستقبلية وهذا ما يسمى بشرط التحكيم، كما يمكن اللجوء إليه في النزاعات الحالية وهو ما يسمى بمشاركة التحكيم، وهذا ما يؤكد أن القانون الفرنسي توخى الدقة في وصف المنازعات الخاضعة للتحكيم بكونها قد تكون حالة بجانب كونها مستقبلية.

ولقد نصت المادة 1492 من نفس المرسوم السابق على أن يكون التحكيم دوليا إذا تضمن مصالحا متعلقة بالتجارة الدولية.

ومفاد ذلك أن المعيار هنا هو معيار اقتصادي إلا أنه قد يرتب نتائج تبدو غير منطقية في بعض الأحيان، فإن كان التحكيم قد جرى بين مواطنين فرنسيين وعلى أرض فرنسية وربما عن

(1) - مناني (فراح): مرجع سابق ص ص 18 و 19.

(2) - Voir .Bergeal (Catherine), Lenica (Frederic) : Op Cit p: 275.



طريق محكم فرنسي ولكن تعلق بالتجارة على الصعيد الدولي فإنه يكون دولياً<sup>(1)</sup>.

**II. تعريف القانون المصري للتحكيم:** لقد عرف القانون المصري بدوره التحكيم بموجب الفقرة الأولى من المادة 4 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على النحو التالي: «ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك»<sup>(2)</sup>.

كما عرف القانون المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من ذات القانون بأنه «اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية»

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

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

ويعتبر الاتفاق على التحكيم كل إحالة في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة إلى هذه الوثيقة واضحة في اعتبارها جزء من العقد مكتوباً وفقاً للمادة 13 من هذا القانون<sup>(3)</sup>. وباستعراض ما ورد في هذه المادة يتضح أن تعريف التحكيم يتسم بقدر من الدقة والبعد عن الغموض، فالمادة المشار إليها تتحدث بدهاء عن اتفاق التحكيم وتعرفه ولا تعرف التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقة قانونية، وعلى إثر ذلك فإن المادة الأولى من قانون التحكيم المصري تعرف التحكيم بأنه الذي يكون بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

كما أن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري والسابق ذكرها قد زادت

(1) - عبد المجيد اسماعيل (محمد): مرجع سابق ص 380.

(2) - المادة 4 فقرة أولى من القانون 27 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994، في شأن التحكيم في المواد المدنية التجارية.

(3) - المادة 10 من القانون نفسه.

الأمر أيضا من حيث الطبيعة الاختيارية للالتجاء إلى التحكيم وأنه يمكن أن يكون التحكيم خاصا AD HOC، إلا أنه يعيب هذا التعريف عدم إيضاحه للطبيعة القضائية للتحكيم<sup>(1)</sup>.

أما عن التحكيم الدولي فإن القانون المصري السابق عرفه في المادة الثالثة منه قائلا: «يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاع يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا لموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة

رابعا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع»<sup>(2)</sup>.

والمستفاد من نص هذه المادة أن التحكيم يكون دوليا إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال المبينة بالمادة والتي اعتمدت أساسا على معيار المركز الرئيسي لأعمال كل من الطرفين وأكثرها ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم في حالة وجود أكثر من مركز أو في حالة عدم تخلف المركز الرئيسي للأعمال فالعبرة بمحل الإقامة المعتاد، ويؤخذ على ذلك أنه يمكن اعتبار التحكيم دوليا إذا كان بين طرفين مصريين ومن هذه الأحوال أيضا حالة اتفاق الطرفان على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيمي داخل أو خارج البلاد وهو ما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن التحكيم إذا كان متعلقا بالتجارة الدولية ولكن كان خاصا AD HOC وليس مؤسسيا فإنه لن يكون دوليا وإن تضمن أطرافا من جنسيات مختلفة أو كان تنفيذ جانب من الالتزامات الناشئة عن العلاقة القانونية في أكثر من بلد.

(1) - عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص 365.

(2) - المادة 3 من القانون 27 لسنة 1994، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

ويؤخذ على الفقرة ثالثا ذات الوجه من النقد الموجه إلى الفقرة أولا من المادة، أما الفقرة رابعا فقد قررت ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية في 21 يونيو 1985 في الفقرة ب/1، 2.

ويؤخذ على الصياغة اللفظية للمادة تكرارها لكلمة "طرفي التحكيم" وهو ما لا يتسع للتحكيم المتعدد الأطراف وهو النوع من التحكيم الذي يتكرر كثيرا في منازعات عقود الأشغال الدولية والذي يتضمن نزاعا ينشب بين رب العمل على سبيل المثال والمقاول وعدد من المقاولين من الباطن، ويكون المتنازعون هنا أكثر من طرفي الأمر الذي كان يتعين أن يراعي في الصياغة اللفظية للمادة.

ويتضح جليا مما سبق تأثر القانون المصري بالقانون الفرنسي، و آية ذلك نصه على أن يكون موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية وهو ذات المعيار الاقتصادي الذي أخذ به القانون الفرنسي في المادة 1492 السابق ذكرها.

ونرى أن القانون المصري حاول الدمج بين أكثر من سياسة تشريعية انتهجها أكثر من قانون وكان الأحرى به انتهاج سياسة واحدة كالمعيار الذي أخذ به القانون الفرنسي ولكنه حدد ذلك بعدة حدود متباينة أوضحناها فيما سلف<sup>(1)</sup>.

**III. تعريف القانون المغربي للتحكيم:** لقد نظم القانون المغربي كذلك مختلف أحكام التحكيم في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بمقتضى الفصول من 306 إلى 327<sup>(2)</sup>، حيث عرف التحكيم بموجب الفصل 306 كما يلي: «يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»<sup>(3)</sup>.

وفي الفصل 307 عرف اتفاق التحكيم بما يلي: « اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية» وأضافت الفقرة الموالية من نفس الفصل «أن اتفاق التحكيم يكتسب شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم»<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق ص 382، 383.

(2) - إن مصطلح "المسطرة" في المغرب يعني الإجراءات، ولقد استعاض المشرع المغربي مصطلح الفصول" بمصطلح "المواد" في مختلف النصوص القانونية الصادرة ابتداء من التسعينيات بذلك انتهى العمل بخصوصية مغربية لا نظير لها في المشرق دون أن نعرف بسبب ذلك.

(3) - الفصل 306 من القانون 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-1.07 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 55 84 الصادرة بتاريخ 6 ديسمبر 2007.

(4) - الفصل 307 من القانون 05/08 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربي .

وهكذا عرف عقد التحكيم في الفقرة الأولى من الفصل 314 من نفس القانون السابق بما يلي: «عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية» أما شرط التحكيم فعرّفه في نفس المادة السابق ذكرها بما يلي: «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور»<sup>(1)</sup>.

ويستنتج من هذه التعاريف أن كل من شرط التحكيم وكذا عقد التحكيم يمثلان اتفاق بين أطراف سواء كان نزاعهم مستقبلا أو حالا، وهنا يبدو وأن هذا النص كان دقيقا في تمييز النزاعات الحالة والمستقبلية عند خضوعها للتحكيم.

كما أن مصطلح "أطراف" يتسع ليشمل التحكيم المتعدد الأطراف

VI. تعريف القانون الجزائري للتحكيم: على غرار بقية القوانين فإن القانون الجزائري عرف شرط التحكيم بموجب المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بأنه: «هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»<sup>(2)</sup>.

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

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

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية»<sup>(3)</sup>.

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

كما لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب اكتساب جنسية ما، أو دعوى طلب دين قمار أو أعمال السيادة، وغيرها<sup>(4)</sup>.

(1) - الفصل 314 فقرة أولى من القانون 05/08 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربي.

(2) - المادة 1007 من ق.إ.م.إ.م. الجزائري.

(3) - المادة 1006 من القانون نفسه.

(4) - مناني (فراج): مرجع سابق ص ص : 109، 110.

وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فإنه لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ما عدا في حالتين هما:

- العلاقات الاقتصادية الدولية.

- الصفقات العمومية، وهذا هو في الحقيقة ما يهتما في هذه الدراسة، فالنص لم يعرف التحكيم في الصفة العمومية وهذا يبين أن التعريف الذي أعطاه في نص المادة 1007 ينطبق على التحكيم في كافة المنازعات مهما كانت طبيعتها.

كما عرف القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري اتفاق التحكيم بموجب المادة 1011 منه، بأنه: «هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجب عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم»<sup>(1)</sup>.

ومن خلال تعريف كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم (مشاركة التحكيم) يستنتج بأن:

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

- وأن اتفاق ومشاركة التحكيم في الصفة العمومية هو الاتفاق الذي يلتزم به كل من المصلحة المتعاقدة (أشخاص المادة 800 ق.إ.م.إ) والمتعاقدين معها في عقد صفقة (حق متاح بمفهوم المادة 1006 من ق.إ.م.إ) لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

أما عن تعريف التحكيم الدولي فقد عرفه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بموجب المادة 1039 منه بأنه: «يعد التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل»<sup>(2)</sup>.

والملاحظة التي يمكن إثارتها حول مختلف التعاريف القانونية للتحكيم أعلاه ما يلي:

- إكتفاء كل من القانون الجزائري والفرنسي بتعريف شرط التحكيم وكذا مشاركة التحكيم، وهذا ما ذهب إليه كل من القانونيين المصري والمغربي إضافة إلى إعطائها تعريف لمؤسسة التحكيم عامة.

- بخصوص المقارنة بين التعاريف المتعلقة بشرط التحكيم نجد أن كل من القوانين الجزائري والمصري والمغربي اتفقوا أن شرط التحكيم ينصب على النزاعات الآتية والمستقبلية، في حين اكتفى القانون الفرنسي بتلك التي يمكن أن تنشأ في المستقبل

(1) - المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) - المادة 1039 من القانون نفسه.

أما ما تعلق بتعريف مشاركة التحكيم فيكاد يكون متطابقا بين القوانين اللهم ما لوحظ على القانون الفرنسي الذي أشار إلى إمكانية إحالة النزاع موضوع التحكيم إلى محكم واحد أو أكثر من واحد ، وبتعبيره لعدة محكمين فالمقصود بطبيعته الحال هو الجمع وهو أكثر من اثنين وهو يقتضي أن يكون عدد فرديا أو زوجيا، بينما اكتفى القانون المغربي بعبارة "هيئة تحكيمية" إلا أنه تدارك كل إبهام قد يطالها عندما أشار في الفصل 312 من قانون المسطرة المغربية إلى أنه يراد في هذا الباب ما يلي:

- الهيئة التحكيمية: المحكم المنفرد أو مجموعة محكمين<sup>(1)</sup>.

أما القانون الجزائري فإنه اكتفى بعبارة "التحكيم" كنظام مع تداركه أيضا لكل نقص حيث نص في المادة 1017 من ق.إ.م.إ على أنه «تتشكل محكمة التحكيم في محكم أو عدة محكمين بعدد فردي»<sup>(2)</sup>.

- أما بخصوص تعريف التحكيم الدولي فإن كل التعريفات تصب في معنى واحد وهو تعلق النزاع بالتجارة الدولية أو العلاقات الاقتصادية، وهذا معيار وضع أصلا عاما وترك للتطبيق العملي بيان الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليا، وكان هذا المعيار اقتصاديا بما يتناسب مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية<sup>(3)</sup>.

ومن خلال ما سبق خلال كل التعاريف الفقهية والقضائية والقانونية لنظام التحكيم، فإننا تمكنا من تحصيل مفهوم شامل للتحكيم من حيث مقوماته وأركانه الثلاثة المتمثلة في الخصومة التحكيمية ومحكم يزود بسلطة الفصل في النزاع بقرار ملزم واتفق بين الأطراف على اختيار التحكيم، وهو اتفاق يكون شاملا لمبدأ التحكيم<sup>(4)</sup>.

وتوضيحا لهذه العناصر حق لنا القول بأن التحكيم يقوم على الإدارة الحرة للأطراف التي تحكم كافة جوانب اتفاق التحكيم وبالتالي هو وسيلة رضائية اختيارية لا ينعقد إلا برضى كافة الأطراف على أسلوبه وإجراءاته وموضوعه والقانون الواجب التطبيق، فلا يجوز إجبار شخص على التحكيم أو حرمانه من هذا الحق، وإلى جانب إرادة الأطراف فإن سلطة محكمة التحكيم تأسس في حدود القواعد التي يضعها القانون سواء في حدود القواعد التي يضعها القانون سواء في المسائل الإجرائية أو الموضوعية ثم إن أهم فكرة يمكن التوصل إليها هو أنه إذا تم الاتفاق على التحكيم فإنه

(1) - الفصل 312 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

(2) - المادة 1017 من ق.إ.م.إ.

(3) - عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص: 313.

(4) - أبو زيد (رضوان): الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي: منشأة المعارف: الإسكندرية 1985 ص: 19.

يولد نظام التحكيم وتثبت فيه التسوية الودية للنزاع، كما تعد كذلك تسوية قضائية تتم بعمل قضائي قوامه مجموعة من الإجراءات تماثل الإجراءات القضائية مثل عريضة الدعوى احترام حقوق الدفاع...، وبالتالي تكون التسوية نهائية بصدور قرار أو حكم التحكيم الملزم لأطرافه، والحائز على الحجية وقوة التنفيذ كالحكم القضائي الصادر عن محاكم الدولة، وهنا لا يمكن لأي طرف من أطراف الاتفاق التحلل منه بإرادته المنفردة بل يمكنه ذلك بالوسائل القانونية المتاحة كالتطعن<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص إعطاء تعريف لنظام التحكيم في العقود الإدارية أي في منازعة إدارية فإنه ينطبق على تعريف التحكيم في أي عقد أو أي منازعة لأنه مهما طابق على التحكيم من تسميات فرعية حسب طبيعة المنازعة فإن هذه التسميات غير منطقية لأنها تطلق على نوع النزاع لا غير، وأن تلك المحاولات التي بذلت لأجل تعريف التحكيم في العقود الإدارية ما هي إلا اعتراف وإجازة اللجوء إلى هذا الطريق في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة لذلك لا نجد تعريف متعلق بالتحكيم في الصفقات العمومية فقط، لأن التحكيم يبقى نظام يمكن اللجوء إليه في هذه المنازعات ويمكن أن يستبعد عنها، حيث أن إجراء التحكيم في المنازعة الإدارية يكون بصفة استثنائية لأن تطبيقه يقتضي التحلل من مجموعة من القواعد المترسخة في القانون الإداري فلا يبدو أن إجراء التحكيم يمكن أن يفرض نفسه كبديل لأن ما يجب فعله من تكييف وملاءمة للقانون الإداري في هذا الشأن ضخم جدا<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني:

### مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية:

إذا كان التحكيم في العقود المدنية والتجارية قد أصبح من الأمور المشهورة فقها وقضاء وتشريعا إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مادة العقود الإدارية والصفقات العمومية لأن التحكيم في هذه العقود قد واجه بصريح العبارة تصلب القضاء الإداري وعدم تسامحه تجاه نزاع اختصاصه بالنظر في مثل هذه العقود.

ولهذا سناحول دراسة هذه المسألة من خلال التعرض لمختلف الاختلافات الفقهية والقضائية وكذا التشريعية وذلك في جملة من الأنظمة القانونية كالاتي:

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

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

<sup>(1)</sup> -بوصنوبرة (خليل): القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه في التشريع الجزائري رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية جامعة منتوري قسنطينة 2007-2008 ص 16 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> - قاضي (أنيس فيصل): مرجع سابق ص 178.

موقف النظام القانوني المغربي من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية (ثالثا).

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

**أولا: موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية:**

I. **رفض التحكيم:** إن القانون الفرنسي، قد خلا من أي نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، وإن النصوص التشريعية قد وضعت قاعدة عامة مفادها أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم<sup>(1)</sup>. وتتمثل هذه النصوص التشريعية في كل من المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1971<sup>(2)</sup>. والمادة 2060 من القانون المدني فالمادة 1004 تنص على عدم جواز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة وحضورها في الدعوى والمادة 83 تحدد القضايا التي يشترط فيها إخطار النيابة العامة وهي المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العمومية.

ويستفاد من نص المادتين السابقتين أن المنازعات التي تتعلق بالدولة وأشخاص القانون العام التابعة لها والتي ينبغي إبلاغ النيابة العامة في شأنها، لا يجوز خضوعها للتحكيم باعتبار أن عرض هذه المنازعات على قضاء التحكيم سوف يحرم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من تواجد النيابة وحضورها<sup>(3)</sup>.

كما نصت المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 12 يوليو 1972.

« On ne peut compromettre sur les question d'état et de capacité des personnes sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matière qui intéressent l'ordre public »

ويستفاد من هذا النص حظر اللجوء إلى التحكيم من طرف الأشخاص العامة فيما يخص النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو تلك المتعلقة بالجماعات المحلية (المؤسسات العامة) ومن جهته اتخذ القضاء الإداري الفرنسي موقفا صارما من حظر التحكيم في العقود الإدارية

(1)- Vedel (Georges) : « Le problème de L'arbitrage entre le gouvernement ou personne de droit public et personne de droit privé ». Rev (arabe) 1961. P : 117.

(2) - Loi 71-80 du 29 décembre 1971 modifiant certaines dispositions du code des procédures civiles. Loi N° 66 du 8 juin 1966 portant code des procédure civiles français JO N° 2.

(3)- محي الدين مصطفى أبو أحمد (علاء): التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم: دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة 2008 ص 208.



بوجه عام داخلية كانت أم دولية، وذلك عملا بمقتضيات المادة 2060 من القانون المدني سواء تعلق الأمر بالوزارات أو المجالس المحلية<sup>(1)</sup>.

ويرجع حظر اللجوء إلى التحكيم إلى عدة أسباب تتدرج جميعها تحت مظلة المبادئ العامة للقانون بإدراج شرط التحكيم بالعقود الإدارية يعد باطلا بطلانا مطلقا، ويعد هذا البطلان من النظام العام يجوز لأي من أطراف الدعوى التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى كما أنه للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>(2)</sup>.

كما أن القضاء الإداري هو الجهة القضائية الطبيعية للبت في منازعات العقود الإدارية وبالتالي فمنح هذا الاختصاص إلى أشخاص لا ينتمون إلى قضاة الإدارة ومع ذلك يقضون في منازعات خاصة بها هو اعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري، وفي ذلك قال الفقيه "Fernand" "فيرناند" بأن القضاء الإداري يستطيع أن يمارس الرقابة على أعمال الإدارة أفضل من المحكمين، كما أن الفقيه "La ferrière" "لافاريير" تساءل استنكاريا «كيف للدولة أن تقبل منح المحكمين سلطة النظر في المنازعات التي لم توافق على منحها للقضاة العاديين»؟!<sup>(3)</sup>.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ذلك في قراره الصادر بتاريخ 6 مارس 1986 بقوله

« Il résulte des principes généraux du droit public français (...) que les personnes morales de droit public ne peuvent se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant les décisions d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont partie ».<sup>(4)</sup>

لقد استند الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا على اعتماد فكرة النظام العام الذي يقضي بتغليب المصلحة العليا على المصالح الفردية ومن ثمة فلا يجوز التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أن الأشخاص المعنوية العامة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم حتى لو كان نشاطها صناعيا أو تجاريا، سواء كان التحكيم شرط أو مشاركة وسواء كان النزاع ذو طبيعة تجارية أو إدارية، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 13 ديسمبر

<sup>(1)</sup> - محجوبي(أحمد): دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن مجلة المحكمة العليا (عدد خاص) سنة 2010 ص ص 15، 16

<sup>(2)</sup> - حسن هند (محمد): التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية مصر 2004، ص ص 67، 68.

<sup>(3)</sup> - حسن السيد أحمد خليل (نجلاء): التحكيم في المنازعات الإدارية: دار النهضة العربية القاهرة - 2003-2004 ص 124.

<sup>(4)</sup> - CE N° 339710 du 6 mai 1986 EDCE 1987 N° 38. p 178. www.conseil-etat.fr

1957 قضية "Société nationale de ventes surplus" (1)

II. **جواز التحكيم:** لقد وجه الفقه الفرنسي انتقادا كبيرا للقضاء الإداري الفرنسي لاعتماده على النصوص المدنية في مجال القانون العام، فضلا عن أن القضاء العادي الفرنسي قد اعتمد على حرفية نص المادة 2060 فأبقى على الحظر الوارد كأساس والجواز كاستثناء حيث ذهبت محكمة استئناف "باريس" "Paris" في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957 إلى القول بأن حظر التحكيم، بموجب قانون الإجراءات المدنية ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي (2)، وهذا هو ذات ما أكدته محكمة استئناف "إيكس أون بروفونس" "Aix en Provence" في قرارها الصادر بتاريخ 5 ماي 1959 (3).

وهو ما أيدته كذلك محكمة النقض كذلك بخصوص شرعية شرط التحكيم الموقع من قبل الأشخاص العامة الفرنسية في العقود الدولية، وأن منع أشخاص القانون العام الفرنسي من إبرام اتفاقيات تحكيم للفصل في منازعاتها عن طريق هيئات تحكيم، كما أكدت على أن الحظر الوارد في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لا تثير مسألة الأهلية للأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في نص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدني ولأن هذا الحظر يخص فقط اتفاقات التحكيم الداخلية ولا يمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية، على أساس أن النصوص القانونية الوضعية الفرنسية التي تحظر على الدولة الفرنسية وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى أن تبرم اتفاقات تحكيم للفصل في منازعاتها يجوز مخالفتها حيث لا تعد من قبيل النظام العام الدولي فالمسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين لكي يستبعد بموجب قواعد التنازع تطبيق أحكام القانون الوضعي الفرنسي في هذا الشأن وليطبق أحكام قوانين وضعية أخرى تجيز صحة الاتفاق على التحكيم، بل ويمكن استبعاد منهج التنازع كلية، وتقرير قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي مؤداها صحة شرط التحكيم ودون اعتبار للقانون الوضعي الفرنسي أو القانون الأجنبي المطبق على نظام التحكيم (4).

وعلى حد قول بعض الفقهاء فإن حجج حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية بوجه عام مستمدة من النصوص المدنية القديمة والتي زالت وقلت قيمتها ولم يعد لها الآن ما يبررها ولا سيما

(1)- Sauvé(Jean-Marie) : intervention : « L'arbitrage et les personnes morales de droit public » www.conseil-Etat.fr .

(2)- Cours d'appel de Paris:10 Avril 1957 J.C.P N° 10078 : نقلا عن محجوبي (أحمد) مرجع سابق : ص17

(3)- Cours d'appel « Aix en Provence » 5 Mai 1959 : Revue d'arbitrage : 1960, PP 28, 29.

(4)- السيد التحيوي (محمد): التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في منازعات العقود الإدارية دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، 2003 ص 38،

مع تغير الأوضاع وتطور القانون الإداري، وأن تدخل النيابة العامة وحضورها في الدعوى لحماية المصلحة العامة لم يعد ثابتاً بالنصوص وبناء عليه لم تعد هذه النصوص تصلح أساساً للحظر<sup>(1)</sup>.

رغم وجاهة هذا القول إلا أن القانون الفرنسي أجاز اللجوء إلى التحكيم فقط في بعض صور العقود الإدارية وذلك تليفاً من حدة الحظر والذي يعد مبدأ عاماً ورد عليه استثناء هام وهو أنه يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نص يبيح لها ذلك.

فعلى مستوى التشريع نجد أن قانون المالية الفرنسي الصادر في 17 أبريل 1906 قد سمح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية لكن مع وضع مجموعة من القيود بحيث سمح للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية المحلية أن تلجأ للتحكيم شرطاً كان أو مشاركة إذا تعلق نزاعها بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات شريطة أن لا يمتد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر مع ضرورة أخذ رأي مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال إذا تعلق الأمر بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أكدته فعلاً المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي بقولها:

« Conformément à l'article 69 de la loi du 17 Avril 1906 portant fixation du budget général des recettes de l'exercice 1906. l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du de procédures civiles.

Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur l e rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie »<sup>(3)</sup> .

وتنص المادة 69 من قانون 17 أبريل 1906 على أنه:

« pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fourniture, l'Etat, les département et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du arde de procédures civiles.

En ce qui encorne l'Etat il ne pourra être procédé à l'arbitrage qu'en vertu d'un décret rendu en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et le ministre de l'économie et des financiers.

En ce qui concerne les départements, le recours à l'arbitrage devra faire,

<sup>(1)</sup> - محي الدين مصطفى أبو أحمد (علاء) : مرجع سابق ص ص 210، 211.

<sup>(2)</sup> - Bergeal (Catherine): Lenica (Frederic) : Op Cit, P275.

<sup>(3)</sup> - Article 128 du code des marché publics français .

l'objet d'une délibération du conseil général approuvé par le ministre de l'intérieur.

En ce qui concerne les communes la délibération du conseil, municipal décidant l'arbitrage devra être approuvée par le préfet arbitrage tel qu'il est égalé par le livre II du nouveau code de procédures civiles »<sup>(1)</sup>.

كما يستنتج من خلال ما سبق أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية وفقا للتشريع الفرنسي يكون ممنوعا بالنسبة للأشخاص العامة كأصل لكن مسموحا به في صفقات الأشغال والتوريدات دون صفقات الخدمات كاستثناء.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي أضاف فقرة ثانية لنص المادة 2060 وأجاز من خلالها لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء إلى التحكيم لكن شريطة صدور مرسوم يسمح بذلك، وذلك بقولها:

« Toutefois des catégories d'établissement à caractère industriel et commercial peuvent être autorisée par décret à compromettre ».

ومن بين هذه المؤسسات نجد:

\* La SNCF "هيئة السكك الحديدية الوطنية الفرنسية" (Loi N° 82. 1154 du 30 décembre 1982) .

\* Réseau ferré de France (Loi N° 97- 135 du 13 fev 1997).

\* La poste et France télécom (Loi N° 90. 568 du 2 juillet 1990

قبل أن تصبح هذه الأخيرة شركة مساهمة<sup>(2)</sup>.

وعلى مستوى القضاء، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي حق المؤسسة العمومية الاقتصادية باللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بتاريخ 13 ديسمبر 1957<sup>(3)</sup>.

أما الفقه المؤيد للتحكيم في هذه المنازعات فإنه ينادي بعرضها على التحكيم سواء كانت أشخاص عامة أم خاصة ممثلة للمعيار الإداري، ومع ذلك يبقى التحكيم في مجال الصفقات العمومية هامشيا<sup>(4)</sup>.

(1)- [www.marché public.fr](http://www.marché public.fr)

(2)- Bergeal (Catherine) Lenica (Frederic), Op.Cit, P276.

ومحي الدين مصطفى أبو أحمد (علاء): مرجع سابق، ص ص 230، 231.

(3)- شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الاختصاص ج: 2: د م ج، الجزائر: 2009 ص 6 هامش

(4)- Bergeal (Catherine) : (Frederic) : Op.cit, P278, 297.

ثانيا: موقف النظام القانوني المصري من اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

يمكن إجمال موقف النظام القانوني المصري من التحكيم في العقود الإدارية العمومية وكذا الصفقات العمومية من خلال المراحل التالية:

I. مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994: اختلف كل من الفقه والقضاء في مصر بين مؤيد ومعارض حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ولكل منهما بطبيعة الحال أساليبه.

### 1- موقف الفقه المصري:

فجانب من الفقه المصري قال بعدم إمكانية التحكيم في منازعات العقود الإدارية استنادا إلى المبررات التالية:

\* أن التحكيم يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة بما ينطوي عليه من سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر تلك السيادة، فضلا عن تمسك المستثمر او المتعاقد الاجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي، فانها و لا شك و الحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية التي بموجبها يحظر على قضاء الدولة الاخرى البت في النزاعات التي تكون طرفا فيها،و في هذا يقول الفقيه مايير "MAYER" تعليقا على قرار محكمة النقض الفرنسية ( الصادر بتاريخ 20 اكتوبر 1987 في المجلة الانتقادية للقانون الفرنسية الدولي الخاص لسنة 1988 ص730):

« L'immunité permet à un Etat d'échapper à la justice des autres Etats .et l'on ne peut guère compter sur ses propres juges . surtout lorsque l'acte litigieux est constitutionnellement soustrait à leur appréciation.mais les immunités de juridictions et d'exécution dérivent dans leur principe .même de la nécessité de sacrifier les droits des individus au respect de la souveraineté des Etats »

\* في اللجوء إلى التحكيم اعتداء على اختصاص القضاء الإداري الوطني لأن هذا الأخير هو صاحب الولاية العامة للبت في منازعات العقود الإدارية وذلك تطبيقا لنص المادة 172 من دستور مصر التي تنص على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى»، وكذلك استنادا لنص المادة 10 من قانون مجلس الدولة والتي جاء في البند 11 منها ما يلي:

«...تختص محاكم مجلس الدولة بالبحث في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر»، وقد علل هذا الاتجاه موقفه من خلال ما تتصف به العقود الإدارية من طبيعة خاصة وأحكام متميزة تحكمها قواعد القانون الإداري وهي في معظمها قضائية لكونها من خلق القضاء الإداري، ومن ثمة يصعب التسليم بخضوع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم، إذا لم ينص صراحة على خضوعها له.

\* أن التحكيم في العقود الإدارية يتعارض مع النظام العام حيث أن المحكم لن يلتزم في تحكيمه سوى بتطبيق القواعد القانونية التي يحددها له المحتكمين بغض النظر عما إذا كان هذا التطبيق سوف يؤدي إلى تغليب الصالح العام على الصالح الخاص أم لا<sup>(1)</sup>.

بينما قال الجانب الآخر من الفقه المصري بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية متخذين موقفا معارضا للموقف الأول وناقدا له كما يلي:

\* ليس في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مساس بسيادة الدولة على أساس أن القانون الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختياريا بإرادة الأطراف ليست كافية بمفردها لخلقه وإنما يقتضي الأمر ضرورة تدخل القانون لإقرار اللجوء إليه، يضاف إلى ذلك عدم انقطاع الصلة بين التحكيم والقضاء الوطني حيث يملك هذا القضاء بموجب نصوص تشريعية سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو بالرقابة والإشراف وهي أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر، كما أن القانون الوطني ليس مستبعد في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع إلى التحكيم.

\* عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يقضي بمنع التحكيم في منازعات العقود الإدارية، أما المادة 10 من القانون 1972/47 فهي تقتصر على بيان الحدود الفاصلة بين اختصاص محاكم القضاء العادي<sup>(2)</sup>.

كما أيد هذا الاتجاه وجهة نظره بمقتضيات المادة 58 من قانون مجلس الدولة والتي جاء نصها كالآتي:

«لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على 5 آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة».

(1) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية مصر 2006، ص ص 81 و 82 و ص ص 85 و 86.

(2) - المرجع نفسه: ص ص 82، 83.

فهذه المادة تكشف اتجاه القانون نحو إجازة التحكيم وإلا لما ألزم الإدارة عند رغبتها في ذلك بعرض اتفاقها في هذا الشأن على مجلس الدولة لمراجعتها.

\* كما أن أحكام قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1986 التي تطبق أمام محاكم مجلس الدولة عند غياب نص خاص تجيز الاتفاق على التحكيم حيث نصت المادة 501 على أنه «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين» وهذا النص أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين دون تحديد<sup>(1)</sup>.

## 2- موقف القضاء المصري:

أما فيما يتعلق بموقف القضاء في مصر من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فإن مجلس الدولة الإفتائي والقضائي اختلف بين الإجازة والرفض على النحو التالي:

أ- فبخصوص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة: والتي أفتت 3 فتاوى مختلفة على النحو التالي:

\* أفتت بتاريخ 1970/10/07 بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم كل منازعات العقود الإدارية وذلك بصفة ضمنية غير صريحة<sup>(2)</sup>.

\* وبمناسبة مراجعتها لعقد بين وزارة التعمير والمجمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط الذي تضمن اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بخصوص النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ بنوده أو تفسيرها، قررت الجمعية العمومية المذكورة لتاريخ 15/5/1989 جواز الاتفاق على التحكيم استنادا لنص المادتين 167، 172 من الدستور المصري ومواد التحكيم من 501 إلى 509 الوارد في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 والمادتين 10 و58، من قانون مجلس الدولة واستخلص من ذلك أن التحكيم يقوم على ركيزتين هما: إدارة الأطراف لهذه الإدارة وقد أجاز القانون الاتفاق على التحكيم في المادة 58 من قانون مجلس الدولة وفي قانون المرافعات وأن قواعد هذا الأخير هي الواجبة التطبيق في حالة عدم وجود نص التحكيم في العقود الإدارية إلا أن ذلك يبقى مشروط بعدم التعارض مع طبيعة الروابط الإدارية<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 359.

(2) - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 163/6/86 جلسة 1970/01/5 المؤرخة في 17/01/70 نقلا عن: الموسوعة الإدارية المدنية الجزء 10، ص 752.

(3) - ملف رقم 265/01/54 جلسة فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة: ملف رقم 265/01/54 جلسة 1999/02/17 نقلا عن حسن السيد أحمد خليل (نجلاء): مرجع سابق، ص 74.

\* وبتاريخ 1993/02/7 وبمناسبة مراجعتها لعقد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكرو فيلم التابع لمؤسسة الأهرام الذي تضمن بندا يقضي باللجوء إلى التحكيم لحل أي نزاع أثناء تنفيذه، انتهت الجمعية إلى القول بجواز التحكيم إلا أنها في هذه المرة اشترطت ضرورة تطبيق القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية وهذا ما لا يمكن تحقيقه في التحكيم الدولي إلا إذا اشترطت الإدارة المعنية (المصرية) تطبيق القانون الوطني أو أي قانون آخر يعرف التفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني<sup>(1)</sup>.

ب- بخصوص المحكمة الإدارية العليا: والتي اتخذت رأيين أولهما منع التحكيم في العقود الإدارية لنفس المبررات التي اتخذها المعارضون وذلك بمناسبة نظرها في الطعن المقدم من هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان والمرافق ضد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1986/05/18 في قضية الشركة المصرية للمساهمة والتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان والمرافق ومن معه ذلك الحكم الذي ألزم الوزير المذكور بتعيين محكم عنه استنادا إلى البند الخامس من الاتفاق المبرم بين الطرفين بتاريخ 14 أبريل 1955.

لكن المحكمة الإدارية العليا تراجع عن موقفها هذا عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/18 استنادا لنص المادة 501 من قانون المرافعات بعلّة أن شرط التحكيم لا يوزع الاختصاص من القضاء الإداري وإنما يمنعه من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائما<sup>(2)</sup>.

ويتضح هنا خلال هذه الفترة التي سبقت صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وجود تردد ساد آراء الفقه وأحكام القضاء إزاء التحكيم في منازعات العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية ومبعث ذلك هو غياب نص تشريعي في تلك الفترة يحسم هذه المسألة.

## II. مرحلة ما بعد صدور القانون 27 لسنة 1994:

بعد احتدام الخلاف الفقهي والقضائي حول تسوية منازعات العقود الإدارية بالتحكيم صدر القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية والذي نص في المادة الأولى منه على ما يلي: «مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري

(1) - فتوى الجمعية العمومية تقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة: ملف رقم 307/01/54 جلسة 1993/02/07

نقلا عن: حسن السيد خليل (نجلاء)، مرجع سابق، ص 76.

(2) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق، ص 73-74.



في مصر أو تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون»<sup>(1)</sup>.

### 1- موقف الفقه المصري:

لقد اعتبر جانب من الفقه أن النص يدل بوضوح على عدم جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية وأسند في رأيه على الحجج التالية:

- أن لفظ العقود الإدارية لم يرد صراحة في هذا النص وأن المادة الثانية من نفس القانون قامت بتعداد أمثلة للعقود الخاضعة للتحكيم وقد انتهت المناقشات التشريعية بشأن هذه المادة إلى أن الهدف من هذا التعداد هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية.

- أما الجهة الثانية فهي مستمدة من عنوان القانون ذاته حيث أنه يخص التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهذا يعني استبعاد العقود الإدارية، إضافة إلى أن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة قد صرحت باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو أي عقد آخر<sup>(2)</sup>.

ولقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم 27 لسنة 1994 وذلك لصراحة نص المادة الأولى منه والتي سبق ذكرها والذي يمتد حكمه ليشمل العقود الإدارية على أساس أن تلك العقود تكون أحد طرفيها شخص عام<sup>(3)</sup>.

رغم أن هذا القانون هو في واقع الأمر متعلق بالتحكيم في العقود المدنية والتجارية لكنه يصدق على المنازعات التي يجيزون فيها التحكيم في العقود الإدارية إلى أن القاعدة الأصولية تقتضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه مالم يخصص وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص حيث أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر، وعليه فقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى امتداد نطاق التحكيم إلى العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والخاص.

ومع ذلك فقد نشأ بين الرأيين الرفض والمجيز للتحكيم في منازعات العقود الإدارية اتجاه وسط ذهب إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع قصر نطاقه على العقود ذات الشأن

(1) - المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(2) - محي الدين مصطفى أبو أحمد (علاء): مرجع سابق ص 211، 212.

(3) - عبد المنعم خليفة ( عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق ص 360.

الدولي (1).

## 2- موقف القضاء المصري:

فعلى الصعيد الإفتائي ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى التشريعي بمجلس الدولة في فتوى بتاريخ 1997/02/22 حينما عرض عليها أمر بالتحكيم في العقود الإدارية في ظل الوضع التشريعي الذي أتى به قانون التحكيم المذكور وعليه اتجهت في فتواها إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية يتطلب تدخل نصوص القانون تجيز فيه هذا التحكيم صراحة وبضوابط محددة وقواعد منظمة.

ولقد أقر القضاء الإداري إجازة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية وذلك في حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1996/01/18 بخصوص الدعوى المقامة من وزير الأشغال بصفته ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية المنفردة لمشروع قناطر "إسنا الجديدة" حيث رفضت طلب المدعي ببطلان حكم هيئة التحكيم في الدعوى لعدم اختصاص تلك الهيئة بنظرها لتعلقها بعقد إداري وهو عقد أشغال عامة والذي ينعقد الاختصاص بنظر منازعة لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره (2).

### III. مرحلة صدور القانون رقم 1997/9:

إزاء الخلاف الفقهي والتردد القضائي والإفتائي بشأن جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية فقد عدل نص المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وذلك بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 حيث جاء فيه ما يلي: «تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها كالاتي: وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك» (3)

لقد كان هذا النص القانوني فاصلا حيث لا تتوزع الآراء معه وتلتقي عنده وتستقر كل الاجتهادات للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، كما أضاف النص القانوني بموجبه موافقة الوزير المختص للاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشارطة للفصل في هذه المنازعات أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التي لا تتبع وزير كالجهاز المركزي

(1) عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ص 92.

(2) المرجع نفسه، ص ص 94، 95.

(3) عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا: مرجع سابق، ص ص

للهسابات.

وإحكاما لضوابط الإنتاج إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فقد حظر النص القانوني المذكور أعلاه التفويض في ذلك الاختصاص، فلا يباشر إلا من أوكلت إليه هذه المهمة إعلاء شأنها وتقديرا لخطورتها<sup>(1)</sup>.

كما أنه يدخل في نطاق تطبيق هذا النص كافة طوائف العقود الإدارية وطنية كانت أم ذات طابع دولي حيث جاء نص القانون عاما دون تخصيص لنوع معين من العقود كما يدخل في اختصاص التحكيم -إذا ما اتفق عليه- كافة منازعاته سواء تعلقت بالإبرام أو التنفيذ أو الآثار المترتبة على التنفيذ.

ويشترط لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية إضافة إلى شرط الحصول على الموافقة من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ضرورة توفر شروط أخرى أولهما: أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لأن نص المادة 58 من القانون رقم 47 لسنة 1997 حظر على وزراء ومصالح الدولة وهيئاتها العامة إبرام أو إجازة أو تنفيذ قرار محكمين في عقد إداري تجاوز قيمة 5 آلاف جنيه قبل أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، حيث يتعين على الإدارة المختصة قبل الإقدام على ذلك، ورأي الجمعية العمومية في هذا الشأن استشاري ومن ثمة فلا تكون الإدارة ملزمة باتباعه لكن إغفالها لهذا القيد الإجرائي يؤدي إلى بطلان تصرفها باعتباره شكلا جوهريا لإبرام اتفاق التحكيم.

ويتمثل الشرط الأخير في الاستمرار في تنفيذ التعاقد وهو مستقى من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 بموجب المادة 42 منه والتي جاء فيها ما يلي: «يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد» وبالتالي يجب الاستمرار في تنفيذ التعاقد من قبل الطرفين لما يحوزه من أهمية بالنسبة لسير المرافق العامة بانتظام وإيراد<sup>(2)</sup>.

ويقصد في نص المادة بـ "طرف" أحد الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري التي تنص على أنه "يعمل بأحكام القانون الموافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة مدنية

(1)- السيد التحيوي (محمد)، مرجع سابق، ص 411.

(2)- عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق، ص 365، 366.

كانت أو اقتصادية".

ويستنتج من ذلك أن منازعات المناقصات والمزايدات في النظام القانوني المصري قابلة للتسوية عن طريق التحكيم.

### ثالثاً: موقف النظام القانوني المغربي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية:

يمكن تقسيم موقف النظام المغربي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية إلى مرحلتين:

#### I. مرحلة ما قبل صدور القانون 08-05:

لقد أشير إلى جواز التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي القديم الصادر بتاريخ 12 أوت 1913، وذلك في الفصول من 527 إلى 549 دون أن يبين إمكانية تطبيقه في منازعات العقود الإدارية وكذا الصفقات العمومية وبصدور قانون المسطرة المدنية الجديد فإنه لم ينص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بل وضع قاعدة عامة مفادها عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام<sup>(1)</sup>، حيث نص الفصل 306 على ما يلي: «...يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه:

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمسكن.

- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة:

▪ النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام...»<sup>(2)</sup>.

إلا أن الواقع العملي يثبت أن بعض المؤسسات العمومية تنص في كناش التحملات المتعلق بكافة صفقاتها على إلزامية اللجوء إلى التحكيم، كما هو الأمر بالنسبة للمادتين 16 و 26 من كناش التحملات للمكتب الوطني للسكك الحديدية وعقد التسيير التي تربط إحدى الشركات بجماعة الصخور السوداء بالدار البيضاء المتعلقة بجميع النفايات المنزلية تنص على ما يلي: «كل النزاعات

<sup>(1)</sup> - المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://messaoui.jeeran.Com>

<sup>(2)</sup> - الفصل 306 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447-1.74 بتاريخ 1974/09/30. ج ر عدد 3230 مكرر الصادرة بتاريخ 1974/09/30.

التي تحصل أثناء تنفيذ العقد تعرض على لجنة تحكيمية يرأسها عامل عمالة عين السبع الحي المحمدي ، ومكونة من رئيس جماعة الصخور السوداء ومسير»<sup>(1)</sup>.

## II. مرحلة صدور القانون رقم 08-05:

إذا كان قانون المسطرة المدنية يضع قاعدة عامة مفادها عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم كلما تعلق الأمر بعقود يحكمها القانون العام فإنه وبالإلقاء نظرة خاطفة على مقتضيات هذا القانون وخاصة في جانبه المتعلق بموضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية، يمكن القول بكل الامتنان أن القانون المغربي خطأ خطوات شجاعة في إقرار التحكيم المذكور لأول مرة وذلك تحت عنوان "التحكيم الداخلي" في الفرع الأول من الباب الثامن من القسم الرابع من قانون المسطرة المدنية، وبموجب التعديل الذي أدخل عليها بمقتضى القانون المذكور رقم 08-05 نص صراحة في الفصل 308 على ما يلي:

«يجوز لجميع الأشخاص ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها...»<sup>(2)</sup>.

كما نص صراحة في الفقرة الثالثة من الفصل 310 على ما يلي:

«...يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...»<sup>(3)</sup>.

كما نصت الفقرة الثالثة من الفصل 310 صراحة على ما يلي:

«يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة»<sup>(4)</sup>.

كما أنه بالرجوع إلى مرسوم 30 ديسمبر 1998 والمتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتبديرها نجد الفصل الثاني ينص على أنه «يمكن الحيد عن مقتضيات هذا القانون فيما يتعلق بالصفقات العمومية المبرمة في إطار الاتفاقيات والمعاهدات التي وقعها المغرب مع هيئات دولية أو دول أجنبية إذا نصت هذه الاتفاقية أو المعاهدة صراحة على تطبيق شروط وأشكال خاصة بإبرام الصفقات».

(1) - المساوي رشيدة: مرجع سابق.

(2) - المادة 308 من القانون رقم 08-05 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربي.

(3) - المادة 310 فقرة 3 من القانون نفسه.

(4) - المادة 311 فقرة 2 من القانون 08/05 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربي.

والملاحظة أن هذه المادة تتعلق بالصفقات التي تبرم من طرف أجنبي، حيث يجوز في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم، ولعل هذه المادة ابتغت من وراء ذلك حل بعض المشاكل والمتعلقة أساسا بالقانون الواجب التطبيق وكذا التزاماتها باتفاقية نيويورك المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، كما هو الشأن بالنسبة للقانون التونسي الذي اعتبر في حكم أن الدفع ببطلان شرط التحكيم في العقد المبرم بين شركة الكهرباء والغاز التونسية وإحدى الشركات الفرنسية لا يعتد به على اعتبار أن التحكيم يعد صحيحا وملزما حتى مع وجود نص تشريعي يضع قيد على ذلك<sup>(1)</sup>.

وما يمكن التعليق به على موقف القانون المغربي هو أنه كان يمنع التحكيم في منازعات الصفقات العمومية على أساس فكرة النظام العام، وهذا ما تضمنه قانون المسطرة المدنية المغربي قبل تعديله بموجب القانون محل التعليق رقم 08-05 بينما التصور الحديث والذي أخذ به القانون المغربي من شأنه أن يشجع على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض هذه المنازعات فضلا عن أن المحكم عندما يطبق القانون الوطني أو أي قانون آخر يعترف بازدواجية القضاء فهو ملزم باحترام قواعد القانون العام وإلا تعرض حكم التحكيم للبطلان لمخالفته للنظام العام<sup>(2)</sup>.

#### **رابعا: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية:**

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

#### **I. علاقة الأشخاص المعنوية العامة (الإدارية) بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية:**

##### **1- مرحلة ما قبل صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:**

لقد لجأت الجزائر إلى التحكيم بعد صدور الأمر رقم 154/166 المتضمن قانون الإجراءات المدنية وذلك في الكتاب الثامن تحت عنوان "في التحكيم" حيث نصت المادة 442 منه على ما يلي: «يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز التحكيم للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم»<sup>(3)</sup>.

(1) - المساوي رشيدة: نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد: مرجع سابق.

(2) - محجوبي (أحمد): مرجع سابق، ص 27.

(3) - المادة 442 من الأمر 154/66 المتضمن ق.إ.م.

وما يمكن ملاحظته أن القانون الجزائري أشار إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم رافضا تطبيقه صراحة في المنازعات الإدارية وكذا منازعات العقود الإدارية و بمفهوم علاقة التعدي فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو الآخر غير مسموح به، وهذا ما أكدته الأنظمة القانونية المدروسة أعلاه لأن العقود الإدارية تحكمها قواعد القانون العام وتندرج ضمن النظام العام الذي يمنع التحكيم في مختلف مسائله.

وبصدور المرسوم التشريعي 93-09 عدلت أحكام المادة 442 المذكورة أعلاه بمقتضى المادة الأولى منه حيث استبدلت أحكامها بالأحكام الآتية: «يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية»<sup>(1)</sup>.

ومن خلال هذه المادة فإنه فتحت أبواب التحكيم الدولي عريضة أمام أشخاص القانون العام إذ أصبح من الممكن التجاء الدولة والأشخاص الاعتبارية للتحكيم الدولي في الفقرة الأخيرة من المادة 442 وذلك في العلاقات التجارية الدولية دون أي تلميح أو إشارة لإمكانية اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية، بمعنى أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، ولقد أسس القانون الجزائري موقفه على أن النصوص الدستورية تجعل الاختصاص بمنازعات الإدارة للقضاء ومن ثمة لا يجوز تخلي الأطراف عن قواعد الاختصاص هذه واللجوء إلى التحكيم.

وتطبيقا لذلك قضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة في قرارها بتاريخ 31 أكتوبر 1984 بعدم قبول عريضة ولاية قسنطينة ضد "Société Sarrade" لكون النزاع يندرج ضمن اختصاص هيئات التحكيم الدولي بنص الصيغة المبرمة بين الطرفين (غرفة التحكيم بباريس)<sup>(2)</sup>، غير أنه يعاب على القرار كونه يكتفي في تسيبه بنص الصيغة دون أحكام المادة 442 السالف ذكرها والتي يندرج هذا النص الاتفاقي في إطارها، ومن حيث المصطلحات كان من المفروض أن تقضي الغرفة الإدارية بعدم الاختصاص وليس بعدم قبول العريضة لأن عدم قبول العريضة يكون جزاء عدم توافر الشروط الشكلية للعريضة أي شروط قبول الدعاوى أما في قضية الحال فموضوع

(1) - المادة 442 المعدلة بالمادة 1 من المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، الصادرة في 27 أبريل 1993.

(2) - قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة رقم 273-83 المؤرخ في 31 أكتوبر 1984 بين والي قسنطينة ضد "Société Sarrade Gaultier" غير منشور. نقلا عن شيهوب (مسعود): مرجع سابق: هامش 1 ص 6.

الدعوى يخرج من ولاية القضاء أصلاً ومن ثمة فهو غير مختص بنظرها<sup>(1)</sup>.

ولقد مر بنا تطور حظر التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في فرنسا، مصر، المغرب ورأينا كيف تعامل القضاء عندما قرر منع التحكيم في هذه العقود العدة أسباب منها:

الفراغ التشريعي، عدم وضوح النصوص القانونية المتوفرة، وحتى تلك التي تبيح التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام فإنها علقت شروط لصحته وهذه في حد ذاتها عرقلة يصعب تجاوزها، ولقد لاحظ الكثير من الباحثين على هذه المواقف بأن حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام الاختصاص القضائي بشكل عام لأن إجازة التحكيم ستؤدي إلى الرقابة على قرار الهيئة التحكيمية من طرف القاضي العادي عند الطعن في بطلان اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>، كما تؤدي هذه الإجازة إلى نشوء علاقة تنازع بين التحكيم والعدالة الرسمية، فالتحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية لم يكن مرغوباً به في مختلف الأنظمة القانونية بما فيها الجزائر لأن كل رفض صريح أو ضمني كان يتعلق بالعقود الإدارية المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية العامة دون استثناء لعقود الصفقات العمومية والتي تعد هي الأخرى عقود إدارية أحد أشخاصها من القانون العام بموجب المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

## 2- مرحلة صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

لقد كان في بداية الأمر من الصعب وقوع منازعات الصفقات العمومية في شبك التحكيم، إلا أنه وبإلقاء نظرة على أحكام القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، فنجد أن هذا الأخير قد أولى أهمية خاصة للتحكيم كطريق من الطرق البديلة كل المنازعات وقد تم تخصيص الكتاب الأخير من هذا القانون لمعالجة المبادئ والقواعد الأساسية التي تنظمه، حيث حظي تحكيم الأشخاص القانون العام بالاهتمام في هذا القانون مرتين المرة الأولى عند ما أجازت المادة 975 من ق.إ.م.إ إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية على حد تعبير هذه المادة الواردة ضمن مقتضيات الكتاب المتعلق بالإجراءات الإدارية والمرة الثانية عندما نصت المادة 1006 فقرة 3 من ق.إ.م.إ على إجازة احتكام أشخاص القانون العام في علاقاتها الاقتصادية الدولية وكذا في مادة الصفقات العمومية، وردت هذه المادة ضمن أحكام الكتاب الخامس والأخير المتعلق بالتحكيم<sup>(3)</sup>.

(1) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق، هامش 1 ص 6.

(2) - حسن سيد أحمد خليل (نجلاء): مرجع سابق، ص 124.

(3) - غناني (رمضان): قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية: مقال منشور بمجلة مجلس الدولة عدد 9 لسنة 2009 ص 46.



وعلى إثر ذلك فإنه يمكننا القول بأن القانون الجزائري قد أقر التحكيم المذكور متجاوزا مختلف الانتقادات التي وجهت إلى نظيره الفرنسي، المصري متخذا نفس موقف القانون المغربي إذ كان أكثر صراحة مباشرة بصدد هذه المسألة إذ تضمن نص المادة 975 من ق.إ.م.إ ما يلي: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية»<sup>(1)</sup>، كما تضمن نص المادة 1006 من ذات القانون ما يلي: «يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

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

لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية»<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ على صياغة المادتين أنه على الرغم من الميزة الليبرالية التي يتميز بها القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، إلا أنّ هناك احتفاظ بالقاعدة التقليدية التي اعتمدها في النصوص السابقة المتعلقة بالتحكيم والتي تعتبر حظر اللجوء إليه قاعدة بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في حين تجعل من إجازة طلب التحكيم استثناء، وذلك بحصره إمكانية اللجوء ليشمل الصفقات العمومية إلى جانب العلاقات الاقتصادية الدولية والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر<sup>(3)</sup>.

وما يجدر التنويه إليه هو وجود تعارض من حيث المضمون بين 975 و 1006 فقرة ثالثة ذلك أن المادة الأولى تجيز التحكيم إلا في مجال الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ومجال الصفقات العمومية في حين أن المادة الثانية لم تجيز التحكيم إلا في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية او الصفقات العمومية ذكر المادتين للمجالات على وجه الحصر يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء ونفي كل مادة لمجالات لم تتضمنها، لا بد من أن يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة ونقادي أسلوب التخصيص على وجه الحصر والتخيير من أجل ضمان تكامل النصوص<sup>(4)</sup>.

(1) - المادة 975 من ق.إ.م.إ.

(2) - المادة 1006 من القانون نفسه.

(3) - بوالصلصال (نور الدين): الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم: دكتوراه علوم:

جامعة منتوري قسنطينة كلية الحقوق 2010-2011 ص ص 71، 72.

(4) - غناي رمضان: مرجع سابق ص 47.

وبالنسبة لجواز التحكيم في منازعات الصفقات العمومية هو في الحقيقة غنيمة هامة ويجب أن تتصور أن توسع التحكيم يعني أولا وأخيرا عدالة خاصة تواجه الدولة وبقية الأشخاص العامة أو على الأقل تفيدها في مجال نشاطها ولفهم أهمية ذلك فعلينا أن نبرز النقاط التالية:

- أن سلب الدولة الاختصاص القضائي على الفرد أو المجموعة الخاصة هو انتصار أول للتحكيم يبين الطابع الاستثنائي له بالنسبة للسلطة القضائية للدولة.

- ثم إن الجزائر شيدت اقتصادياتها على تدخل الدولة فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا صناعيا، مقاولا، مؤمنا، ناقلا، أي أن الضرورة الاقتصادية جعلتها تتوصل إلى المطالبة بخضوعها للتحكيم هي نفسها وكذا سائر الأشخاص الاعتبارية رغم أن الدولة هي مصدر كل سلطة وهي لا تحب من يعرف تصرفاتها حتى من طرف محاكمها الخاصة.

هذا ما يعد غير معهود وثورى لو لم تكن قد اعتدنا على ذلك إلى أن أصبح هذا الوضع مبتذلا أو بعبارة أخرى تافه<sup>(1)</sup>، ونظرا للتطور النوعي و الكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود بفضل تطور وسائل الاتصال السريع و التقنيات الاعلامية نتيجة العولمة، حيث اصبح العالم مجرد قرية صغيرة مكشوفة ، و لا شك و الحالة هذه في ان التحكيم من بين اهم الوسائل المشجعة للتجارة و الاستثمار و خاصة الاجنبي، ذلك لان المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها التحكيم و الذي اصبح ينظر اليه على انه وسيلة تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من ان يكون وسيلة قسرية .

و وعيا بما للتحكيم من اهمية ودور في استجابة النظام القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته و جلب الطرف الاجنبي للتعاقد، تم التخلي عن كل أسباب الرفض لأن القانون الجزائري استسلم للتحكيم في النزاعات المتعلقة بتنفيذ عقود الصفقات العمومية لا سيما الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية وذلك موازاة مع التزامات الدولة في الخارج وكذا لإضفاء مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس الشفافية في الإجراءات<sup>(2)</sup>.

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن اللجوء إلى إجراء التحكيم في المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها يكون بمبادرة من:

- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلق بالدولة.

- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي إذا كان التحكيم متعلقا بالولاية

(1) - عليوش قريوع(كمال): التحكيم التجاري الدولي ديوان المطبوعات الجامعية ط2، 2004 ص ص 22، 23.

(2) - بحري (إسماعيل): الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر مذكرة ماجستير في الحقوق فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية: جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق 2008-2009 ص 134.

والبلدية.

- بالممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري<sup>(1)</sup>.

لقد جعل قانون الاجراءات المدنية و الادارية للجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بمبادرة من هؤلاء الأشخاص الممثلة للمصالح المتعاقدة (الأشخاص المعنوية العامة فقط)، وهذا ضابط غايته الحفاظ على الصالح العام وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا عندما يقتضي الحال والأوضاع التي ستظهر معها السلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام.

II. علاقة الأشخاص المعنوية الأخرى الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بالتحكيم في منازعات الصفقات العمومية:

لقد فصل القانون الجزائري في مسألة خضوع أشخاص المادة 800 من ق.إ.م.إ للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية دون بقية العقود الإدارية، أما بالنسبة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية، فإن القانون الجزائري كان يجبرها على أن تطلب التحكيم في منازعاتها بموجب الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات، حيث نص في المادة الأولى منه على ما يلي: «لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات والأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط والتي تكسب فيها الدولة غالبية الأسهم»<sup>(2)</sup>.

ويفهم من هذا النص أن اللجوء إلى التحكيم فيما يخص هذه المؤسسات كان إجباريا بخصوص منازعاتها لا سيما منازعات الأشغال والتوريدات والخدمات والتي تمثل منازعاتها صفقات عمومية.

لكن في النظام القانوني الجزائري لم يكن يفرض التحكيم الإلزامي خاصة وأنه تم تعديل

(1) - انظر المادة 976 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.

(2) - المادة الأولى من الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإلزامي لبعض الهيئات ج ر عدد 53 الصادر بتاريخ 4 جويلية 1975.

أحكام المادة 442 من ق.إ.م. القديم لسنة 1966، بموجب الأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، إذ أضيف للمادة فقرتين 4 و5 وذلك على النحو التالي:

«...وبالنسبة لعلاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها فإنه يجوز لها إن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات.

كما يجوز للشركات الوطنية أو المؤسسات العمومية الأخرى أن تجري مصالحها فيما بينها في نطاق علاقاتها»<sup>(1)</sup>.

إن قانون 1975 السالف الذكر خلق نوعا من القضاء الاقتصادي المتعلق بالقطاع الاقتصادي المسمى "اشتراكية"، منذ صدوره لم يعد هناك شك بخصوص أن التحكيم بين المؤسسات العامة من النظام العام وهذا ما أكدته صراحة المادة الأولى المذكورة أعلاه ورغم ذلك المجهود التشريعي إلا أن التحكيم الداخلي كان نظاما ميتا<sup>(2)</sup>.

وبصدور المرسوم 09-93 المتضمن ق.إ.م.إ. تبني القانون الجزائري التحكيم الاختياري بموجب المادة 442 والتي حلت محلها المادة 1006 من القانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ. واللتين قال فيهما «يمكن لكل شخص...» دون أن يحدد إن كان الشخص طبيعيا أو معنويا إذن فهذا القول يصدق على المؤسسات أيضا وهذا يعني أنها تخضع للتحكيم الاختياري في الحقوق التي لها مطلق التصرف فيها ما لم تتعلق بالنظام العام وهذا يمكن تطبيقه على منازعات الصفقات العمومية المبرمة من قبلها.

لكن إذا كان الأمر يصدق على المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وباقي المؤسسات المذكورة في تنظيم الصفقات العمومية، فهل يصدق أيضا على المؤسسة العمومية الاقتصادية؟

المعروف هو أن عقود المؤسسة الاقتصادية تخضع لنظام الصفقات العمومية بالإضافة إلى

(1) - المادة 442 فقرة 4 و5 من الأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المعدل لـ ق.إ.م. ج ر عدد 2 الصادرة بتاريخ 7 جانفي 1972.

(2) -Bou Abdallah(Mokhtar) : Impératifs économiques et passation des marché publics : « Etude d'une expérience 1982. 1988 : Etude consacrée à l'entreprise publique : Mémoire de magistère en droit économique, institue de droit et sciences administratives, 1994, PP 202- 204.

خضوع جانب من عقودها للقانون الخاص لأنها تأخذ شكل الشركة التجارية<sup>(1)</sup>.

وهذا يثير تساؤلاً حول إمكانية خضوع هذه المؤسسة إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد انقسم الفقه في مسألة خضوع هذه المؤسسات للتحكيم بين مؤيد ومعارض، فارتكز الرأي المؤيد على نص المادة 20 فقرة 3 (النص العربي) والفقرة 4 (النص الفرنسي من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 2 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تنص على ما يلي: «كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية موضوع مصالحه حسب الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المذكور أعلاه» وتنص نفس المادة فقرة 2 على أنه «ويمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقاً لقواعد القانون التجاري»<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الخصوص فإن القانون 01/88 المذكور أعلاه يسمح للمؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم ويرفع كل غموض حول هذه المسألة ويرى القاضي "بجاوي محمد" أن القانون 01/88 السالف ذكره هو ترخيص واضح للجوء إلى التحكيم الدولي عندما يصرح في المادة 20 منه أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها حرية التصرف في الممتلكات التابعة لذمتها طبقاً لقواعد القانون التجاري<sup>(3)</sup>.

كما أن القانون الجزائري اكتفى عادةً بتبنيه لمبدأ الاستقلالية بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، ولقد تم التصديق عليها بموجب القانون 18/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 والمتعلق بانضمام الجزائر إلى هذه الاتفاقية حيث كيف بعض الكتاب هذا الانضمام على أنه خطوة نحو تمكين المؤسسة العمومية الاقتصادية من حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لحل منازعاتها<sup>(4)</sup>.

وبعد إصلاحات 1988 فإن المرسوم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم يغير في طرق تسوية الخلافات المتعلقة بالصفقات العمومية، ولكن بمجرد أن هذا التنظيم يطبق على

(1) - عبيد (ريم): طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري "مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير فرع المؤسسات الإدارية والدستورية المركز الجامعي: "الشيخ العربي التبسي" 2004-2005 ص 13.

(2) - المادة 20 فقرة 3 و2 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ج ر عدد 2 الصادر في 13 جانفي 1988.

(3) - عليوش قريوع (كمال): مرجع سابق ص 17.

(4) - عجة (الجيلالي): قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصخصة دار الخلدونية 2000 ص 221.

الإدارات العامة وأن ذلك يشكل تقدما معتبرا في إطار الاعتراف بالتحكيم، ولهذا فإن المؤسسات العمومية الاقتصادية تبرم عقود صفقات مرفوقة بمشارطات تحكيم<sup>(1)</sup>.

رغم ذلك فإن التصريح بخضوع هذه المؤسسات للتحكيم يصطدم بالفقرة الأولى من المادة 20 السابق الإشارة إليها والمادة 36 من القانون 01/88 والنصوص اللاحقة التي أدت إلى إلغاء الفقرة 3 من المادة 442، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 20 على أنه «تكون الممتلكات التابعة لزمة المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا جزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة»<sup>(2)</sup>، غير أن الفقهاء يطرحون إشكالية بخصوص ممتلكات المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث أن هذه الفقرة تميز الأصول الصافية وموجودات الشركة إن الصنف الثاني من الأموال هو وحده الذي يكون قابلا للتنازل والتصرف والحجز فهو وحده الذي يخضع للتحكيم وهذا ما سيؤدي إلى إشكالية التمييز بين الأصول الصافية وموجودات المؤسسة.

ويتبين ذلك من المادة 36 من القانون 01/88 التي تخضع المؤسسة العمومية إلى قانون خاص فيما يتعلق بالتصفية والتسوية القضائية وهذا يعني عدم إخضاعها لقانون الشركات التجارية وذلك لا يتماشى مع فكرة التحكيم ولا مصالح الشركات الأجنبية.

كما أنه وبموجب أحكام الفقرة الثالثة من المادة 442 المعدلة بالمادة 1 من المرسوم التشريعي 09-93 والتي تنص « ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية» وهذا لا يعني أن المؤسسات العمومية الاقتصادية قد أصبحت قابلة للتحكيم ما دامت مسألة أموالها لم يفصل فيها<sup>(3)</sup>.

أما بصدور المرسوم التشريعي 08-94 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 فقد عدلت أحكام المادة 20 السالف ذكرها وصار نصها كالآتي:

«تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للبيع والتحويل والحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص وأجزاء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع.

(1) - Trari Tani (Moustapha) : Droit Algérien de l'arbitrage commercial international : 1<sup>er</sup> édition, Berty édition, Mitidja impression, Alger, 2007, PP 25, 26.

(2) - المادة 20 فقرة أولى من القانون التوجيهي 01-88.

(3) - عليوش قربوع(كمال): مرجع سابق ص 18.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عند الاقتضاء عن طريق التنظيم»<sup>(1)</sup>.

وتنص المادة 25 من نفس المرسوم التشريعي على أن «المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال تملك الدولة أو شخصيات معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم أو حصص الشركاء.

تتم كفاءات الزيادة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية والتخفيض منه، وكذا تعويض الاهتلاك طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري»<sup>(2)</sup>.

ولقد نصت المادة 2 من الأمر 01/04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخصصتها على أن: «المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال»<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة 3 من نفس الأمر السابق على أن: «ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها وقابلة للتصرف فيها طبقاً لقواعد القانون العام وأحكام هذا الأمر...»<sup>(4)</sup>.

وما يمكن ملاحظته هو أن رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية لا يتكوّن إلا من الأموال العامة تقريباً، وأنه أصبح قانوناً لا يمكن التمييز بين ممتلكاتها، لقد أصبحت كلها قابلة للتصرف فيها، وعلى هذا الأساس يمكن لهذه المؤسسات أن تطالب بالتحكيم دون طرح مسألة طبيعة ممتلكاتها.

وبالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية وبالضبط نص المادة 62 منه، فإنه أوجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وإلى المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وأوجب أن تتضمن على الخصوص جملة من البيانات، منها: -القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات...<sup>(5)</sup>.

وأفادت المادة 115 فقرة أولى من ذات التنظيم على أن النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة

(1) - المادة 20 من القانون التوجيهي 88-01 المعدلة بالمرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 ج ر عدد 33 الصادرة بتاريخ 28 ماي 1994.

(2) - المادة 25 من المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 ج ر عدد 37 الصادرة في 28 ماي 1994.

(3) - المادة 2 من الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001.

(4) - المادة 3 فقرة 4 من الأمر نفسه.

(5) - انظر: المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها... (1).

ويربط أحكام هاتين المادتين مع نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وكذا نص المادتين 975 و1006 من ق.إ.م.أ، فإنه يمكننا القول بأن باب التحكيم فتح أمام منازعات الصفقات العمومية، وهذا يعني أنه يمكن للمؤسسات المذكورة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية مهما كانت طبيعتها أن تلجأ للتحكيم في منازعات الصفقات التي أبرمتها، إلى جانب الأشخاص المعنوية العامة وذلك لوجود حقوق لها مطلق التصرف فيها.

ويفهم من ذلك أنه في حالة عدم التوصل إلى حل ودي يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين في منازعات تنفيذ صفقات أشغال أو توريد أو دراسات أو خدمات، والذي يعدّ اللجوء إليه إجبارياً حسب ما قضت به المادة 115 من تنظيم الصفقات العمومية، فإنه يمكن اللجوء إلى التحكيم.

ولقد اثبت الواقع العملي ذلك إذ أن المؤسسات العمومية تمارس التحكيم الدولي، حيث سجلت "سونا طراك" بمفردها 45 قضية تحكيم دولية بهذا الخصوص في الفترة ما بين 1971 إلى 1996<sup>(2)</sup>.

وحاليا توصلت هذه المؤسسة لاتفاق بالتراضي مع المجموعتين "أناداركو الجزائرية الأمريكية و"ما بيرسك أولي الجزائر" الدانمركية في خلاف حول الرسوم التي تدفعها المجموعتين للجزائر، فأوضحت شركة سونا طراك الجزائرية في بيان لها أنه حين يتم المصادقة من السلطات المعنية، فإن ذلك سيضع حداً حول الفوائد الاستثنائية التي فرضتها الجزائر، وذلك بموجب عقد الصفقة العمومية المبرم بينهم<sup>(3)</sup>.

كما نصت عدة عقود أبرمتها مؤسساتنا الوطنية على شرط التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة مثلما نصت عليه المادة 43 من عقد "Ravennat-Copérativa" والتي جاء فيها: «...يسري على هذا العقد القانون الجزائري».

في حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس، ويتم اختيار المحكمين حسب هذا التنظيم، ويفضل أن يكون محل

(1) -انظر: المادة 115 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) -بوصنوبرة (خليل): مرجع سابق، ص257.

(3) -مادي (كريم): سونا طراك الجزائرية تتوصل إلى اتفاق مع المجموعتين الأمريكية "أناداركو الجزائر والدانمركية "مايرسك أولي الجزائر" مقال منشور على الموقع: [www.Nuqudy.com](http://www.Nuqudy.com).



التحكيم بالجزائر»<sup>(1)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه من خلال بحث مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، هو أن الخضوع إلى هذا النظام قد تطور من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي كما هو الحال بفرنسا، ومن الصمت المطلق إلى السماح الكامل باللجوء إليه في مصر والمغرب والجزائر.

غير أنه جاء في نص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية أن الصفقة لا تصحّ ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة<sup>(2)</sup>، ومن خلال ذلك يفهم ضمنا أن التحكيم المدرج في عقد الصفقة لا يكون صحيحا أو نهائيا الا إذا وافقت عليه السلطات المذكورة في المادة 8 السابق الإشارة إليها.

وبالنظر لما يمكن أن يترتب على شرط التحكيم من آثار سلبية على الصفقات العمومية، نرى أنه يفترض إيجاد آليات أخرى في موافقة تلك السلطات تضمن أن لا يكون للتحكيم آثار سلبية كعدم دقة الصياغة القانونية لأحكام اتفاق التحكيم أو إمكان استبعاد تطبيق القانون الوطني، ومن أمثلة هذه الآليات النص على النظر في اتفاقيات التحكيم من قبل خبير أو هيئة تتكوّن من خبراء قانونيين واقتصاديين، لأنّ موافقة السلطات المختصة في الحقيقة لم تبيّن حدودها بمقتضى أحكام قانونية، مما يمكن من انحراف المصلحة المتعاقدة كامتناعها عن منح هذه الموافقة، أو أن تمنحها فعلا وتكون نتيجة ذلك تغليب لمصلحتها عن مصلحة المتعاقد معها بضمان نجاحها في عملية التحكيم قدر الإمكان، والحصول على أكبر قدر من طلباتها أمام محكمة التحكيم، فضلا عن تحديدها لأمر تتعلق بالعملية التحكيمية نفسها، كمكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق... وهذا ليس من مبادئ نظام التحكيم.

<sup>(1)</sup>-www. Rivan. Net.

<sup>(2)</sup>-راجع المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

## المطلب الثاني:

### التنظيم الإجرائي للتحكيم في تسوية منازعات الصفاقات العمومية:

إذا سمح التشريع بنظام التحكيم فإنه يكون من واجبه أن ينظمه تنظيمًا يمكن من ممارسة نصوصه التحكيمية والتي يهدف من خلالها أطراف التحكيم إلى الحصول على حق أو استعادته أو حمايته حيث تجري الخصومة أمام هيئة التحكيم وفق إجراءات تحكيمية معينة (فرع 01) وذلك قصد صدور الحكم أو القرار التحكيمي المنهي للنزاع وتنفيذه مع العلم أنه يمكن الطعن فيه وفق طرق محددة (فرع 02).

### الفرع الأول:

#### هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية أمامها:

يعتبر التحكيم تقنية قانونية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة من قبل هيئة تحكيم (محكم أو محكمين) يتمتع بسلطة الحكم أي القضاء وليس تفويضًا من دولة ولا من سلطة تشريعية بل تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف على التحكيم (أولاً)، هؤلاء الأطراف يتبعون جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية والتي ترمي إلى صدور حكم من هذه الهيئة (ثانياً).

**أولاً: هيئة التحكيم:** من المنطقي أن تكون تشكيلة هيئة التحكيم من أشخاص طبيعية أو شخص معنوي يعين من بين أعضائه محكما أو محكمين والأهم هو أن تعيين هؤلاء يتم وفقا لشروط حددها القانون حتى لا يتم ردهم واستبعادهم:

**I. تشكيل هيئة التحكيم (تعيين المحكمين):** تنص المادة 1008 فقرة 2 من ق.إ.م.إ في إطار التحكيم الداخلي على أنه «يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم»<sup>(1)</sup> وأضاف المادة 1012 من ذات القانون أنه « يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم»<sup>(2)</sup>.

وفي إطار التحكيم الدولي تنص المادة 1041 فقرة أولى من ذات القانون على أنه: « يمكن للأطراف مباشرة وبالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم»<sup>(3)</sup>.

ولقد أفادت المادة 976 فقرة أولى من ذات القانون أنه «تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم

(1) - المادة 1008 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.

(2) - المادة 1012 من القانون نفسه.

(3) - المادة 1041 فقرة أولى من القانون نفسه .

المنصوص عليها في هذا القانون أمام الجهات القضائية الإدارية»<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية أن تشكيل هيئة التحكيم يخضع لحرية وإرادة الأطراف وأن هذه الهيئة تحدد في منازعات الصفقات العمومية بجهة القضاء الإداري إذا كان التحكيم سيجرى بالجزائر خاصة و أنه لا وجود لهيئات و مراكز تحكيم بها باعتبار أنها منازعة إدارية ولو كان أحد أطرافها مؤسسة عمومية صناعية وتجارية أو مؤسسة عمومية اقتصادية وهذا ما سنؤكدده في المبحث الأول من الفصل الثاني.

كما تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر بعدد فردي، وهذا ما قضت به المادة 1017 من ذات القانون بقولها «تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي»<sup>(2)</sup> وهذا ما استلزمته معظم التشريعات بأن يكون عدد المحكمين فرديا في حالة تعدادهم حتى لا يحول انقسام آراء المحكم أو المحكمين دون صدور حكم في النزاع وبالتالي إذا اتفق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد العدد كان العدد ثلاثة وإذا حددوا أكبر لزم أن يكون العدد وترا وإلا بطل التحكيم. وبطبيعة الحال يستطيع الأطراف تصحيح الأمر وتعديل التشكيل على نحو يتسق ونصوص القانون<sup>(3)</sup>.

ووفقا لنص المادة 1017 المذكورة أعلاه فإن إرادة طرفي النزاع لم تكن مقيدة في تحديدها لعدد المحكمين في ضوء ظروف واحتياجات الفصل في النزاع لأن نص المادة أكد على ضرورة أن يكون عدد المحكمين وترا في حالة زيادة العدد عن ثلاثة، فيكون النص القانوني قد اختار العدد الوتر في التحكيم الداخلي ترجيحاً للطبيعة القضائية للتحكيم وبغية الوصول إلى حسم النزاع، أما بخصوص التحكيم الدولي فقد ترك الأمر لسلطان الإدارة ولم يضع قيوداً على عدد المحكمين<sup>(4)</sup>، بل المهم هو أن تشكيل المحكمة لا يكون صحيحاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم<sup>(5)</sup>.

وتنص المادة 1014 من ق.إ.م.إ على أنه « لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية.

إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه

(1) - المادة 976 فقرة أولى من ق.إ.م.إ.

(2) - 1017 من القانون نفسه.

(3) - حسن هند (محمد): مرجع سابق ص 125.

(4) - مناني (فراج) مرجع سابق ص 129.

(5) - انظر المادة 1015 من ق.إ.م.إ.

بصفة محكم»<sup>(1)</sup>

لكن قد يحدث أحيانا وأن تعترض صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم وهذا بالتأكيد سيؤدي إلى مشكلات تحول دون تطبيقه، لكن ق.إ.م.إ تصدى لذلك وعالج المشكل قبل ظهوره مهما كانت أسبابه إذا كان التحكيم دوليا وظهرت صعوبة تعيين المحكمين فإن للطرف الذي يهمله التعجيل أن يقوم برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، وإذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإنه للطرف الذي يهمله التعجيل رفع الأمر، إلى رئيس محكمة الجزائر<sup>(2)</sup>.

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ<sup>(3)</sup>.

يستنتج مما سبق أن تشكيل هيئة التحكيم يكون بموافقة الخصوم وإذا وقع ما يحول دون ذلك فإن الجهة القضائية هي التي تقوم بالتعيين وفقا للشروط الشكلية والموضوعية المنظمة للقضاء الاستعجالي لكن إذا قام نزاع بين بلدية مثلا بصفقتها مصلحة متعاقدة وشركة خاصة بصفة متعاقدة معها على أساس وجود عقد صفقة مبرمة معها وكان النزاع يتعلق بحقوق مالية أو حقوق حاصلة عن تنفيذ تعاقدات توريد أو أشغال عامة أو خدمات فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي، يبادر إلى التحكيم ويوافق على صحته ونهائيته، وبالطبع تعيين تشكيل الهيئة التحكيمية.

**II. الشروط الواجب توافرها في المحكم أو المحكمين:** المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة<sup>(4)</sup>.

ولئن كانت منازعات الصفقات العمومية تتسم بسمات معينة فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات يجب أن تتلاءم مع هذه الصفات حتى يتمكن من أداء مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع.

وبناءً على ما تقدم فيمكن أن يكون المحكم قانونيا ويمكن أن لا يكون كذلك، فقد يستدعي الحال مثلا في عقد أشغال أن يكون المحكم مهندسا أو خبيرا إذ تضمن النزاع نواحي هندسية حتى تتمكن هيئة التحكيم الفصل في العناصر الفنية للنزاع بإنزال حكم القانون على معطيات التداعي من

(1) - المادة 1014 من ق.إ.م.إ.

(2) - انظر المادة 1041 فقرة 2 من القانون نفسه.

(3) - انظر المادة 1042 من القانون نفسه.

(4) - مناني(فراج): مرجع سابق ص 130.

وقائع ووزن الأدلة القانونية بميزان القانون وليصل في النهاية إلى حكم التحكيم، وليس هذا وحسب بل إن المحكم بحسبانه قاضي للواقع والقانون فإنه يتعين أن يكون ملما بنظرية العقد وأصولها وأسسها القانونية وقواعد الإثبات فيها ونظرياته العامة كما يستطيع أن يستمد اقتناعه من الأدلة المقدمة من الأطراف<sup>(1)</sup>.

إن الفصل في منازعات الصفقات الدولية يتطلب أن يكون المحكم على دراية كبيرة باللغات الأخرى حتى يتمكن من الإطلاع على مستندات النزاع إن كانت بلغة مغايرة عن لغته الأم وكذا المذكرات المقدمة من الأطراف والمراجع ذات الأهمية في حسم النزاع، كما يتعين أن يكون المحكم ملما بنواحي التجارة الدولية والاقتصادية آخذاً بناصية النظام القانوني الذي يرغب الأطراف تطبيقه على موضوع العقد<sup>(2)</sup>.

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى المؤهلات العامة المتطلبة في سائر المحكمين، حيث يجب أن لا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف، كما يجب أن يفصح عند قبوله بالمهمة المسندة إليه وكذا أن يدلي بأي ظرف من شأنه إثارة الشكوك حول استقلاله أو حياده.

ويقصد باستقلالية المحكم أن لا توجد للمحكمة مصلحة أو ارتباط أو تبعية بأحد الطرفين بل يستقيل لا عن الطرف الآخر فحسب وإنما عن الطرف الذي عينه أيضاً<sup>(3)</sup>، كما يجب أن لا يكون المحكم خصماً في النزاع المعروف عليه أو سبق له إبداء رأي فيه وتطبيقاً لذلك لا يجوز للمهندس الذي أشرف على عملية ما أو قام بإعدادها للتنفيذ أن يكون محكماً في الخصومة بين رب العمل (المصلحة المتعاقدة) والمقاول، والذي نفذ هذه العملية إذ أن المهندس بهذه المثابة يكون قد أشرف على عمل المقاول، ولقد قضت في هذا الصدد المحكمة الفيدرالية في سويسرا أنه إذا كانت زوجة أحد المحكمين مساعدة لمحامي أحد الأطراف في الحقوق التي قضى فيها المحكم، فإن ذلك ينهض سبباً لأن يكون المحكم غير محايد بصدد المنازعة المطروحة أمامه<sup>(4)</sup>.

وشروط المحكم في الإسلام وردت في أن المحكم بمنزلة القاضي ولا يصلح لذلك إلا من تقبل شهادته وعلى أن تستمد صلاحيته للشهادة في وقت التحكيم أي يجب أن يكون رجلاً، عادلاً، مسلماً، حراً، عاقلاً، غير فاسق وغير جاهل أي عالماً بما حكم به لأن التحكيم في الإسلام من

<sup>(1)</sup>-Douglas(A) Stephenson : practice in construction contracts, Third edition, P28.

<sup>(2)</sup>-عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص 452.

<sup>(3)</sup>-حسن هند (محمد): مرجع سابق ص ص 127، 128.

<sup>(4)</sup>-عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص ص 453، 457.

القضاء<sup>(1)</sup>. فقانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلاً لم يعين شرط الذكورة في المحكم وهذا يعني جواز أن تكون المرأة محكماً، كما لم يشترط الإسلام في المحكم بمعنى أنه يجوز أن يكون المحكم على أي ديانة أخرى.

كما يشترط أيضاً في المحكم أن لا يكون قابلاً للرد حتى لا يتم إبعاده عن نظر النزاع والفصل فيه، فقانون الاجراءات المدنية والإدارية قصر هذا الرد على الأسباب التي تظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم وقبل إصدار الحكم<sup>(2)</sup>، فإذا علم المحكم بأنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم<sup>(3)</sup>، ولا يجوز طلب رده من الطرف الذي عينه أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين ويتم رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
  - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
  - عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- وجدير بالبيان أن عبارة شبهة مشروعة معيبة فكان على ق.إ.م.إ أن يحكم عبارته بقوله «إذا ثبت عدم حياد المحكم أو حياده»

وإذا ظهر سبب من هذه الأسباب وجب تبليغ التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بذلك وفي حالة النزاع وكان نظام التحكيم لم يتضمن كليات تسويته أو لم يسع الأطراف تسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل<sup>(4)</sup>.

ويلزم المحكم أو المحكمين بإتمام مهمتهم التي شرعوا فيها حتى إنهاء أجلها ولا يجوز عزلهم خلال هذا الأجل حتى باتفاق الأطراف<sup>(5)</sup>، فإذا تعلق بصفقة دولية أي إذا كان التحكيم دولياً ويجري بالجزائر فيقوم الطرف الذي يهمله التعجيل برفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها التحكيم<sup>(6)</sup>، وهذا يبين موضوع قبول المحكم من أهم القواعد الأمرة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1)- حسن هند (محمد): مرجع سابق ص 128.

(2)- المرجع نفسه ص 130.

(3)- انظر المادة 1015 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.

(4)- انظر المادة 1016 من القانون نفسه.

(5)- انظر المادة 1018 من القانون نفسه.

(6)- انظر المادة 1014 فقرة 2 من القانون نفسه.

## ثانيا: الإجراءات التحكيمية

تطبيقا لنص المادة 1019 من ق.إ.م.إ فإن الخصومة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية تسري وفقا للأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية إلا في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

ولقد حدد قانون الاجراءات المدنية و الادارية جملة من الإجراءات يتعين أن تتبع أثناء النظر في النزاع من طرف هيئة التحكيم وذلك من طرح النزاع أمامها إلى غاية تنفيذ حكم التحكيم الصادر عنها، مع الأخذ بعين الاعتبار النظام القانوني الجزائري خاصة في مجال الصفقات العمومية ومنازعاتها.

I. طرح النزاع أمام هيئة التحكيم: بعد توفر شروط التحكيم الشكلية والمتعلقة بالكتابة وكذا شروطه الموضوعية المتمثلة في الرضى، الأهلية والمحل، وكذا التشكيل الصحيح لهيئة التحكيم فإنه يصبح بإمكان الخصوم مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية أمام هيئة التحكيم، حيث تلزم هذه الأخيرة بإخطارهم بمواعيد الجلسات التي تقرر عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف وذلك وفق القواعد والشكليات التي تحكم الجلسات أمام القضاء<sup>(1)</sup>.

ففي التحكيم الدولي فإننا نميز حالتين هما :

الحالة الأولى: إما أن اتفاقية التحكيم ضببطت الإجراءات التي يتعين ممارستها في الخصومة مباشرة أو استناد إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

الصورة الثانية: إذا لم تنص اتفاقية التحكيم على ذلك تتولى محكمة ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم وإن لم تنص هذه الأخيرة على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام معين<sup>(2)</sup>.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هو أنه إذا كان التحكيم متعدد الأطراف، فهل يمكن ضمه في نزاع واحد أم لا؟

يمكن أن نجيب عن هذا السؤال من خلال وقائع قضية شركة أبو ظبي للغاز، المعروضة على التحكيم "The ADGAS Arbitration" حيث تخلص وقائع هذه القضية في أن شركة أبو

(1) -حسن هند (محمد): مرجع سابق ص 131.

(2) - انظر المادة 1043 من ق،إ،م،أ.

ظبي أقامت تحكيما أمام محكم فرد ضد المقاول الرئيسي وهو شركات مقاولات أمريكية في عقد من عقود الأشغال العامة بأبو ظبي، كما أقامت تحكيما منفصلا ضد المقاول من الباطن الياباني الجنسية.

ولقد قضت محكمة الاستئناف بالمملكة المتحدة أنه إذا كان ثلاثة أطراف في النزاع فليس من أن يكون الأطراف الثلاثة أمام القضاء في ذات المنازعة وذات الإجراءات، ولكن إذا كانت المنازعة ستحسم بواسطة التحكيم، فإنه لا يمكن ضم التحكيم في نزاع واحد لنظرهما معا دون رضا الأطراف، وهو أحد أهم العناصر العملية.

ولهذا، قام المقاول الأمريكي بتقديم طلب إلى المحكمة طالبا تعيين محكم فرد، ليقوم بحسم النزاعين معا بحكم واحد، فانتتهت المحكمة إلى أنه من المستحب أن يتم حسم الأمر بتحكيم واحد يضم شتات المنازعتين ليصدر فيها حكم واحد تلافيا لتعارض الأحكام الذي يمكن أن يحدث إذا تم حسم الأمر عن طريق تحكيمين منفصلين<sup>(1)</sup>.

وبعرض النزاع على هيئة التحكيم فإنها ستمارس مهامها في نظر النزاع المطروح أمامها بحضور أطراف النزاع لكن التحكيم الداخلي لم يأت على ذكر قاعدة الوجاهية ولكنها تبقى جزء من النظام الداخلي في الأصول القضائية وبالتالي لا يمكن تجاهلها، أما التحكيم الدولي فقد كرس الوجاهية وأعطاهها مكانة وقدسية بدون موارد وجعل مخالفتها مبطللة للحكم التحكيمي الدولي<sup>(2)</sup>.

كما أن هيئة التحكيم في المنازعة الدولية هي التي تتولى البحث عن الأدلة<sup>(3)</sup>، وإذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة وللطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي<sup>(4)</sup>.

ولقد خول قانون الاجراءات المدنية و الادارية للمحكمة التحكيمية أن تتخذ تدابير مؤقتة لتنظيم حالة مستعجلة مثلا أو تدابير تحفظية لحماية أموال أو لصون حقوق أو غير ذلك حتى صدور قرار تحكيم نهائي بعدما كانت هذه التدابير من اختصاص القاضي، غير أن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم وعليه فإن فعالية إجراء هذه التدابير تخضع لإرادة الأطراف

(1) - عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص 469.

(2) - مناني (فراج): مرجع سابق ص 171.

(3) - انظر المادة 1047 من ق،م،ا.

(4) - انظر المادة 1048 من القانون نفسه.



وبالتالي في حالة رفض أحدهم الإمتثال لذلك يمكن للمحكم طلب مساعدة القاضي المختص وفي هذا الصدد فإنه يطبق القانون الخاص به<sup>(1)</sup>.

وفي هاتين الحالتين فقانون الاجراءات المدنية و الادارية يشير إلى عبارة "القاضي المختص" ولم تتكلم عن "قاضي المقر" أي أنه لو كان مقر هيئة التحكيم بالعاصمة فإنه يمكنها طلب مساعدة قاضي محكمة قسنطينة أو غيرها، كما أن القانون المطبق يكون جزائريا لأن هذا التحكيم المتعلق بمنازعات الصفقات العمومية نفترض أنه يجري بالجزائر.

ويكون لهيئة التحكيم كذلك الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير شفوي أو مكتوب في النزاع حيث تقوم بإخطار طرفي النزاع بما حواه هذا التقرير مع إتاحة الفرصة لهما لإبداء ملاحظتهما لما ورد به<sup>(2)</sup>. وفي هذا الشأن قدم طعن أمام المحكمة العليا بالعاصمة متعلق بقرار صدر عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 26 ديسمبر 1982 والذي قضى بأن القاضي الاستعجالي غير مختص بأن يأمر بإجراء خبرة على أساس المادة 40 من العقد التي تتضمن شرط تحكيم وكذا المادة 106 من القانون المدني المتعلقة بالأثر الملزم للعقود، ولهذا أصدرت المحكمة العليا قرارها بتاريخ 26 مارس 1985 جاء فيه.

« La clause compromissoire n'empêche pas le juge des référés en l'occurrence de prendre une mesure provisoire ou conservatoire, notamment la désignation d'un expert pour procéder à un inventaire contradictoire des travaux exécutés ».<sup>(3)</sup>

- كما يقوم جميع المحكمين بإنجاز أعمال التحقيق والمحاضر إلا إذا كان الاتفاق يجيز سلطة نذب أحدهم للقيام بذلك<sup>(4)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها قبل أي دفاع في الموضوع<sup>(5)</sup>.

**II. إحالة القضية على المداولة:** إن الهدف من إحالة القضية على المداولة هو حجز القضية للفصل فيها بحيث تخرج الخصومة من بين أيدي أطرافها وتصبح بين أيدي المحكمين القضاة للمداولة فيها.

(1) - عليوش قربوع(كمال): مرجع سابق ص ص 50، 51.

(2) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص 351.

(3) - TrariTani Mostafa, Op Cit p 102.

(4) - المادة 1020 من ق.م.ا.

(5) - المادة 1044 من القانون نفسه.

1- **غلق باب المرافعة:** متى تبين للمحكمين أن إجراءات التحكيم استوفت جميع مراحلها وأن أطراف الخصومة استوفوا دفاعهم واطمأن المحكمون إلى أن القضية أصبحت جاهزة للفصل فيها حق لها أن تقرر إحالتها للحكم فيها سواء بتحديد تاريخ النطق بالقرار أو الحكم أم لا.

إن إحالة القضية إلى المداولة يوجب انقطاع صلة الخصوم بالقضية وتكون هذه الفترة خاصة بالمحكمين للنظر في الطلبات بغية الوصول إلى حكم منهي للخصومة وذلك يؤدي إلى سرعة الفصل في القضية وإلزام الأطراف باحترام الآجال الممنوحة لهم لتقديم طلباتهم ودفعهم قبل الإحالة على المداولة، كما أن ذلك سيؤدي إلى غلق باب التلاعب والمماطلة لبعض الأطراف التي لا حرج لها إلا ربح الوقت وتعطيل الفصل في الخصومة<sup>(1)</sup>.

لكن قد تفتح محكمة التحكيم باب المرافعة من جديد إذا دعت الضرورة لذلك لأن قرار غلق باب المرافعة لا يعتبر قرارا باتا لا رجعة فيه، إذ قد يحدث بعد أن تقرر محكمة التحكيم هذا الغلق أن تتبين أنه ينبغي إثبات بعض النقاط أو استكمال تقديم بعض المستندات العامة التي يمكن أن تغير اتجاه الرأي فيما لو قدم وساهم في كشف الحقيقة، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس حيث قررت إعادة فتح باب المرافعة وذلك لعدم تقديم الخصم للمستندات التي علقت عليها المحكمة الفصل في النزاع لأنها لم تتمكن من الفصل في النزاع المحجوز للحكم بدونها<sup>(2)</sup>.

2- **إجراء المداولة:** بانتهاء المرافعة تبدأ عملية المداولة في نفس اليوم ونفس قاعدة المحكمة ثم ينطق بالحكم التحكيمي وإما يحدد لها تاريخ ومكان إجراء المداولة بالتشاور مع أعضاء المحكمة إذا كانت القضية تحتاج إلى دراسة معمقة.

وتعرف المداولة بأنها مناقشة القضية بواسطة هيئة المحكمة وحاصل هذه المناقشة هو اتخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف الدعوى<sup>(3)</sup>.

في الواقع المداولة إجراء جوهري لصحة إجراء إصدار الحكم التحكيمي وهي إجراء واجب رغم غياب نص يصرح بوجودها، فالقانون الجزائري سكت عنها ولم يبين كيفية إجرائها تاركا أمرها لمحكمة التحكيم، لكنه نص في المادة 1025 من ق.إ.م.إ على وجوب أن تكون مداولات المحكمين سرية<sup>(4)</sup> وبالتالي يلزم المحكمون بمراعاة السرية في إجراءات المداولة فيما بينهم سواء بحضور جميع المحكمين أو عن طريق تبادل استمارات الاستبيان التي تتم عادة في شكل مشروع

(1) - بوضنوبرة (خليل): مرجع سابق ص 80 وما بعدها.

(2) - بوالصلصال (نور الدين): مرجع سابق ص 351.

(3) - Vincent (J) et Chinchard (S) : Procédures civiles, 25<sup>eme</sup> édition, Dalloz, P120.

(4) - انظر المادة 1025 من ق.إ.م.إ.

قرار أو عن طريق الفاكس أو الهاتف أو البريد الإلكتروني أي بحسب الشكل المتفق عليه<sup>(1)</sup>.  
إن قاعدة السرية تكون مستقرة وملزمة للقضاة والمحكمين على حد سواء ودون حاجة إلى نص خاص ولكن لا يترتب على إفشاء هذه السرية بطلان قرار أو حكم التحكيم.

غير أن إفشاء السر في منازعات صفقة عمومية تتم تسويتها تحكيما، أمر خطير لأن أطراف هذه الصفقة أشخاص مهمة باعتبارها أشخاص معنوية عامة أو حتى خاصة كما أن الصفقة لها اتصال وثيق بالمال العام لذا لا يجدر بالمحكمين إفشاء السرية وفي حالة قيامهم بذلك يفترض ترتيب بطلان حكم أو قرار التحكيم بل ومعاقبة المحكمين على ذلك.

ومن خلال ما تقدم فالمداولة حق لأطراف النزاع لكي يسمعوا دفاعهم لأنها تتعلق بضمانات التقاضي ومن قاعدة أساسية في إصدار الحكم وتتعلق بالنظام العام فضلا على أن الاشتراك فيها حق لكل محكم وواجب عليه وعدم إجرائها أو بطلان إجراءاتها يعرض الحكم للإبطال<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني:

#### صدور الحكم أو القرار التحكيمي، تنفيذه وطرق الطعن فيه:

بعد إجراء المداولة من قبل هيئة التحكيم يصدر الحكم أو القرار التحكيمي (أولا) ثم ينفذ هذا الأخير (ثانيا) ونظرا للمشاكل التي يمكن أن تتجم عن الفصل في الخصومة التحكيمية نظم القانون طرق الطعن في هذا الحكم أو القرار التحكيمي (ثالثا).

#### أولا: صدور الحكم أو القرار التحكيمي

I. المقصود بالحكم أو القرار التحكيمي: لقد عرفت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية كما يلي: «...يقصد بالقرارات التحكيمية ليست القرارات التي يصدرها حكام معينون لحالات معينة فحسب بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها الأطراف»<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية والادارية لم يعرف الحكم أو القرار التحكيمي كغيره من التشريعات الحديثة إلا أنه يعني القرار الذي تصدره محكمة تحكيم مختصة مشكلة قانونا في خصومة معروضة عليها طبقا لإجراءات متفق عليها سواء أكان في الموضوع كله

(1)-Fauchard (PH) Gaillard (E) Goldman (B): "Traite de l'arbitrage commercial international", Litec, 1996, P764.

(2)- بوضويرة (خليل): مرجع سابق ص ص 86، 93.

(3)- المادة الأولى فقرة 2 من اتفاقية نيويورك المبرمة بتاريخ 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين. نقلا عن مناني (فراج): مرجع سابق ص 359.

أو شق منه أو في مسألة أولية متفرعة عنه بشكل نهائي وملزم للأطراف.

لكن هناك ما يدعو للاستفسار بخصوص هذا التعليق، حيث أن ما يصدر عن المحكمين عند الفصل في الخصومة التحكيمية يكون له عدة أشكال كالأوامر الولائية، الأحكام التحضيرية أو التمهيدية والأحكام الجزئية والتي تصدر كلها قبل الفصل النهائي في النزاع فهل تعد هذه كلها أحكاماً تحكيمية؟

هذا ما أجاب عنه القضاء بوضعه لتعريف عملي وهو:

«أعمال المحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو في جزء من هذا النزاع المعروف عليهم سواء في أساس النزاع أو في الاختصاص أو في إجراءات المحاكمة وتهدف لوضع حد نهائي للدعوى»<sup>(1)</sup>.

إن حكم التحكيم شأنه شأن الحكم القضائي الذي يحسم النزاع بين الخصوم بالفصل فيه بشكل قانوني فهو غرة اتفاق الخصوم على اللجوء للتحكيم وسلوك إجراءاته ولا يعتبر حكم التحكيم القرار الذي يصدر في غير الشكل الذي يتطلبه القانون<sup>(2)</sup>.

## II. مضمون الحكم أو القرار التحكيمي:

إذا كان التحكيم دولياً فإن القانون لم يحدد للتحكيم مهلة سواء في القانون القديم أم الجديد، وبالتالي فالأمر يعود لسلطان الإدارة وإذا لم يمارس سلطان الإدارة خياراً فلا يكون للتحكيم الدولي في الجزائر مهلة<sup>(3)</sup>.

تفصل هيئة التحكيم في المنازعة الدولية وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار يكون الفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة كمفوض في الصلح<sup>(4)</sup>، مع التذكير بأن التحكيم مع التفويض بالصلح لا يختلف من حيث الطبيعة القانونية عن التحكيم بالقانون.

ووفقاً لذلك يصدر حكم التحكيم باسم المحكمين<sup>(5)</sup>، فهو لا يصدر باسم الشعب ولا باسم الأمة أو الملك ويتم تجريده من قبل المحكم إن كانت المحكمة مشكلة من قبل محكم فردي، وإن كانت مشكلة من قبل جميع المحكمين فإنه يحرر من قبل أحدهم فهنا وجب على محرر الحكم التقيد

(1) - بوضنوبرة (خليل): مرجع سابق، ص ص 75، 76.

(2) -Fouchard (PH) Gaillard (E) Goldman (B): Op Cit, P 753.

(3) - مناني (فراج): مرجع سابق ص 172.

(4) - انظر: المادة 1050 من ق، ا، م، ا.

(5) - انظر: المادة 1018 من القانون نفسه.

بمبادئ أساسية وهي الأمانة في التعبير عن الآراء التي وردت أثناء المداولة السرية والوضوح في المنهجية والدقة في الاقتناع وعدم الإسهاب<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يشترط صدور حكم أو قرار التحكيم في جلسة علنية بل اشترط أن يكون بأغلبية الأصوات، مكتوبا مشتملا على أسماء وألقاب الخصوم وعناوينهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي وكذا أسماء وألقاب المحكمين وأسماء وألقاب المحامين أو من مثل وساعد الأطراف عند الاقتضاء، كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ومنطوق الحكم وأن يكون مسببا ومؤرخا مع تحديد مكان صدوره وكذا بيان تاريخ التعيين لإمكانية الرجوع إليها في إحتساب المهلة القانونية للتحكيم.

ويجب أن يكون حكم التحكيم كذلك موقعا من جميع المحكمين وذلك إذا امتنع الأقلية منهم على ذلك فإن البقية تشير إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من طرف جميع المحكمين<sup>(2)</sup>.  
إن العبرة من اشتراط كتابة حكم التحكيم هو التمكن من:

- التعرف على منطوقه، كأن يتضمن الحكم لمقاول باستحقاقه مبالغ إضافية أو لزيادة وقت تنفيذ العملية أو زيادة الأعمال بسبب القوة القاهرة...

- إيداع الحكم بكتابة، ضبط المحكمة المختصة حتى يمكن إكساؤه الصيغة التنفيذية وتنفيذه وأن تكون لغته العربية عملا بمقتضيات المادة 3 من الدستور الجزائري لسنة 1996 والتي تجعل اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية<sup>(3)</sup>.

بعدما تفصل هيئة التحكيم في النزاع فإنه تتخلى عنه ويبقى بإمكانها فقط تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية والاعفالات التي تشوبه<sup>(4)</sup>.

يبلغ حكم أو قرار التحكيم من طرف كتابة ضبط المحكمة تحت إشراف الرئيس أو بواسطة أحد الأطراف عن طريق المحضرين القضائيين ثم يودع ويسجل لكتابة الضبط في المحكمة المختصة لتطلب له الصيغة التنفيذية.

نلاحظ أن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية قد سكت عن إجراءات تبليغ حكم أو قرار التحكيم، كما أنه لم يتكلم عن مراحل صدور التحكيم الدولي بل اكتفى بكيفية الاعتراف به، ويستنتج

(1) - بوضويرة (خليل): مرجع سابق، ص 93 وما بعدها.

(2) - انظر: المواد من 1026 إلى 1029 ق.إ.م.إ.

(3) - المادة 3 من دستور 28 نوفمبر 1996 ج ر عدد 61 المؤرخة في 16 أكتوبر 1996.

(4) - انظر المادة 1030 من ق.إ.م.إ.

من ذلك أنه إذا كان التحكيم دوليا يجري في الجزائر فإن الحكم يصدر وفقا لما هو عليه الحال في التحكيم الداخلي.

### ثانيا: تنفيذ حكم أو قرار التحكيم:

لصحة حكم التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا فإنه لا بد أن يكون قطعيا، منهيًا للخصومة التحكيمية حائزا لحجية الشيء المقضي فيه بحيث لا يمكن نقض حقيقته وفي هذا الصدد نصت المادة 1031 من ق.إ.م.إ «تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه»<sup>(1)</sup>.

فإذا صدر الحكم وكان قطعيا نهائيا وحاز على حجية الشيء المقضي فيه فإنه يكون بحسب الأصل ملزما لأطرافه اذ يكون للطرف الذي صدر الحكم لصالحه ان ينفذه لانه يعتبر سندا تنفيذيا يستدعي مهره بالصيغة التنفيذية

إن مضمون هذه الصيغة التنفيذية هو واجب قانوني بالتنفيذ أي أن كل سند تحكيمي يحتاج إلى واجب قانوني بالتنفيذ كشكل لقوته التنفيذية لا كواجب وظيفي يقع على عاتق المحضرين<sup>(2)</sup>.

وللحصول على هذه الصيغة التنفيذية وجب على طالبها تقديم عريضة مؤسسة مرفقة بالوثائق اللازمة لإثبات وجود حكم التحكيم المطلوب منحه الصيغة التنفيذية أمام رئيس المحكمة المختصة ويسجل الطلب بناء على نظام الأوامر على العرائض وبعد ذلك يسلم أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من يطلبها من الأطراف<sup>(3)</sup>.

و عليه فإذا كان حكم التحكيم دوليا مقره هو الجزائر فإنه ينفذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها مع إثباته بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنها تستوفي شروط صحتها ويتم إيداع هذه الوثائق المذكورة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهمله التعجيل<sup>(4)</sup> لتواصل إجراءات تنفيذه كما هو الشأن بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي<sup>(5)</sup>.

وما يمكن ملاحظته هو أن طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو بطبيعته طلب قضائي وليس تحكيمي وبالتالي لا يجوز تقديمه للمحكم وإن كان أحد رجال القضاء وإن تم وضع الصيغة التنفيذية

(1) - انظر المادة 1031 من ق،إ،م،إ.

(2) - محمد حشيش [أحمد]: القوة التنفيذية لحكم التحكيم دار الفكر الجامعي: الإسكندرية 2001 ص 110.

(3) - انظر: المادة 1036 من القانون السابق.

(4) - انظر: المواد من 1051 إلى 1053 من القانون نفسه.

(5) - انظر: المادة 1040 من القانون نفسه.

على حكم التحكيم فهذا يعني إصدار السند.

والأصل في تنفيذ السند التنفيذي هو تنفيذه اختياراً وطواعية لا تنفيذه جبراً مما يعني أن قوته التنفيذية الجبرية هي بطبيعتها قوة احتياطية، وهذه القوة لا تنشط إلا إذا امتنع الملتزم في السند عن تنفيذه طواعية<sup>(1)</sup>.

وإذا رفض تنفيذ الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي فإنه يستأنف الأمر القاضي بذلك في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لرئيس المحكمة<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أنه لا بد من مراعاة أحكام المادة 977 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه «تطبق المتقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية»<sup>(3)</sup>، لأن التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية يكون أمام قضاء خاص متمثل في هيئة تحكيم على مستوى الجهة القضائية الإدارية.

ويترتب على كل ما سبق أنه يكون لحكم التحكيم بين الخصوم كافة الآثار التي يترتبها الحكم القضائي، كما تلحقه الحجية منذ صدوره ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ولا يجوز المجادلة في حجيته حتى بغرض أنه لم يتم تنفيذه طالما الحجية قائمة إلا أن هذه الحجية تبقى نسبية حيث لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: طرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي الدولي:

هناك بعض الأنظمة القانونية لا تؤمن بفكرة التعايش المشترك بين التحكيم وطرق الطعن ولقد أقر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية طرق طعن معينة واستبعد أخرى وهذا الإقرار في الحقيقة من النظام العام لا يمكن تخطيه.

**I- مبدأ استبعاد كل طرق الطعن والاستثناء الوارد عليه:** لقد استبعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كل طرق الطعن في التحكيم الدولي وهذا يعني أنه لا يمكن الطعن في حكم تحكيم فاصل في منازعة تنفيذ صفقة عمومية دولية وذلك يعود لعدم التوافق.

إن هذا الاستبعاد كان في الحقيقة ضمنياً، ولعل هذا الاستبعاد لطرق الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي الدولي يرجع إلى عدة اعتبارات منها أن المحكم إن كان مفوض بالصلح فهو سيقضي بقواعد العدالة والإنصاف فكيف يتسنى للقاضي المطبق للقانون مراقبة ذلك الحكم.

(1)- محمد حشيش (احمد): مرجع سابق ص ص 6، 110، 119.

(2)- انظر المادة 1057 منق، م، ا.

(3)- انظر المادة 977 من القانون نفسه.

(4)- انظر المادة 1038 من القانون نفسه.

فاستبعاد الاستئناف يعود لعدم توافق هذا الطريق مع طبيعة نظام التحكيم والغرض منه خاصة وأنه يتميز بالسرعة والسرية والتخصص، وهذه المزايا سنتقدم إذا سلك النزاع طريقه أمام القضاء الوطني<sup>(1)</sup>.

ولنفس الأسباب تم استبعاد بقية طرق الطعن العادية الأخرى ولكن هذا الاستبعاد يكون بالنسبة للطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر عن هيئة تحكيم فاصلا في النزاع ولهذا سمح ق.إ.م.إ. باللجوء إلى الاستئناف في الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ لأحكام التحكيم الدولي<sup>(2)</sup>، وذلك في المواد من 1055 إلى 1057 من ق.إ.م.إ. حيث نصت المادة 1055 على أنه «يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف» ولقد حددت المادة 1056 حالات رفع استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ وهي: «1..- إذا قضت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية تحكيم باطلّة أو بانتقضاء مدة الاتفاقية.

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

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي».

ولقد حددت المادة 1057 أجل رفع هذا الاستئناف قائلة « يرفع الاستئناف خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة»<sup>(3)</sup>.

وما يمكن ملاحظته هو ان قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم يفرق بين أحكام وقرارات التحكيم الصادرة في الجزائر أو تلك الصادرة في الخارج على حد تعبيره بمقتضى المواد المذكورة أعلاه.

وتجدر الإشارة إلى ان قانون الاجراءات المدنية و الادارية قد سمح بإخضاع القرار الفاصل في الاستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ أو الاعتراف لحكم التحكيم الدولي للطعن بالنقض وفق نص المادة 1061 مع التنكير بأن كل من الطعن بالاستئناف والنقض في هذا المجال يوقف تنفيذ حكم التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1)-Fouchard (PH) Gaillard (E) Goldman (B): op cit, PP930, 931.

(2) – Trari Tani (Mostafa): Op Cit, P171.

(3) – المواد من 1055 إلى 1057 من ق.إ.م.إ.

(4) – انظر المادتين 1060 و 1061 من القانون نفسه.



2- رفع دعوى أصلية بالبطلان ضد الحكم أو القرار التحكيمي: تنص المادة 1058 ق.إ.م.إ على أنه « يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفحص في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه»<sup>(1)</sup>.

يبدو جليا من خلال قراءة هذا النص أن دعوى البطلان هي طريق لمراجعة حكم أو قرار التحكيم الدولي أو الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا شابهما عيوب تؤثر على صحتها. إن إباحة هذه الدعوى من قبل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا تؤثر على الطبيعة القضائية لحكم أو قرار التحكيم الدولي ولا على الأمر القاضي بتنفيذه بقدر ما تؤكد على الطبيعة الخاصة للتحكيم ذاته وذلك بالنظر إلى جوهر مهمة المحكم وهي الفصل في نزاع معروض عليه في خصومة تحكيمية بحكم أو قرار ملزم<sup>(2)</sup>.

وفي تنظيم هذا الطعن لم يسمح القانون الجزائري للأطراف بإمكانية التنازل عنه كما أنه تأثر بالقانون الفرنسي على مستوى تطبيق هذا الطعن وكذا حالاته وإجراءاته<sup>(3)</sup>.

إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية شدد على أن تكون دعوى البطلان هي الطريق المناسب لإمكان مراجعة حكم أو قرار التحكيم الدولي أو للأمر القاضي بتنفيذه حيث ترفع دعوى البطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه وذلك ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ<sup>(4)</sup>، لكن في منازعات تنفيذ الصنفات العمومية فإن هذه الدعوى ترفع أمام مجلس الدولة باعتبارها منازعة إدارية.

ولقد جعل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حالات رفع دعوى البطلان هي نفسها حالات رفع الطعن باستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ أو الاعتراف للحكم أو القرار التحكيمي وذلك بإحالة من المادة 1058 من ق.إ.م.إ إلى المادة 1056 من ذات القانون، حيث يقضي مجلس الدولة من تلقاء نفسه ببطلان حكم التحكيم وكذا الأمر القاضي بالتنفيذ لمخالفته للنظام العام في الحالات

(1) - المادة 1058 من ق.إ.م.إ.

(2) - بوصنيرة (خليل): مرجع سابق، ص 245.

(3) - Trari Tani (Mostafa): Op Cit, P167.

(4) - انظر المادة 1059 و المادة 977 من ق.إ.م.إ التي أحالت إليها.

التالي:

أ- البطلان المتعلق باتفاق التحكيم: وتتحقق هذه الحالة حسب نص المادة 1056 من ق.إ.م.إ. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم على اتفاقية باطلة أو انتهت مدتها.

وتقسم هذه الحالة إلى 3 حالات أخرى هي:

- عدم وجود اتفاق تحكيم.

- وجود اتفاق تحكيم باطل وذلك إذا لم يتوفر على شروط أي عقد كالرضى والأهلية والموضوع كأن يكون موضوعه غير قابل للتحكيم أصلاً كأن يتعلق بالنظام العام وهذا الأخير من المسائل الخاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيه أن تسري عليها قواعد موحدة<sup>(1)</sup>.

- اتفاق التحكيم انتهت مدته والمقصود هنا هو صدور الحكم التحكيمي بعد المهل التي حددها الخصوم أو قانون الإجراءات المنظم للتحكيم والمختار من الأطراف وهي في التحكيم الداخلي 4 أشهر قابلة للتمديد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(2)</sup>، وأما في التحكيم الدولي فتحدد المدة خاضع لسُلطان إرادة الأطراف.

ب- البطلان المتعلق بإجراء التحكيم: وتشمل هذه الحالة ما نصت عليه المادة 1056 من ق.إ.م.إ. المذكورة سابقاً وتتمثل في:

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

وينطبق ذلك سواء كان التحكيم دولياً أو داخلياً، وسواء كان المحكم مقيداً بقواعد القانون أم مفوضاً بالصلح<sup>(3)</sup>.

ج- البطلان المتعلق بالحكم التحكيمي: ويشمل هذا البطلان حسب نص المادة 1056 من ق.إ.م.إ. السابق ذكرها الحالات التالية:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب وهنا يلزم محكمة التحكيم حتى تفصل في النزاع باحترام إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم وكذا مراعاة نصوص

(1) - أبو الوفا (حسن): التحكيم الاختياري والاجباري: منشأة المعارف الإسكندرية 1987، ص 73.

(2) - انظر المادة 1018 من ق.إ.م.إ.

(3) -Fouchard (PH). Gaillard (E) ;Goldemen (B): op cit, P 961.

قانون التحكيم الذي نعمل وفقه خاصة بالنسبة لشروط إصدار الحكم وبياناته.

كما يجب على هذه الهيئة احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام في الجزائر<sup>(1)</sup> وكذا النظام العام الدولي<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بإبطال حكم أو قرار التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في الأمر القاضي بتنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يفصل فيه<sup>(3)</sup>.

وإعمالا لنص المادة 1060 و1061 من ق.إ.م.إ فإن الطعن بالبطلان يوقف تنفيذ حكم التحكيم ويجعله كذلك قابلا للطعن بالنقض.

إن السؤال الذي يفرض نفسه هو هل يجوز رفع دعوى البطلان في حكم أو قرار التحكيم أو في الأمر القاضي بالتنفيذ في غير هذه الحالات المذكورة في المادة 1056 من ق.إ.م.إ.

إن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ينص المادة 1056 أنه «يمكن أن يكون حكم التحكيم... في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المذكورة أعلاه» وهذا يجيز الاستناد إلى حالات أخرى غير هذه الحالات.

وبناء على ما تقدم، وبخصوص تسوية منازعات الصفقات العمومية عن طريق نظام التحكيم، فإنه يمكننا القول بأن:

-اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات أصبح مفضلا بسبب تميزها بالطابع الفني، بما يفرض النظر إليها من زاوية خاصة، وبفضل الحسم فيها خارج دائرة القضاء، ربعا للوقت، خاصة وأن أمد هذه النزاعات طويل، سينجم عنه إلحاق بالغ الضرر بكل الأطراف المتعامل العمومي، المتعامل المتعاقد، والخزينة العامة، وحتى المنتفع من خدمات المرفق العام، بما يفرض البت في المنازعة في أقرب وقت ممكن<sup>(4)</sup>.

ولهذا وحتى يلعب التحكيم دورا فعالا في مجال الصفقات العمومية، فلا بد من:

-ضبط إجراءاته بإحكام، والإعلان عن قائمة المحكمين الأكفاء في هذا المجال، وربط مقتضيات المادة 800 من ق.إ.م.إ بالمواد 975 و1006 من ذات القانون، وكذا المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وذلك من أجل ضبط قواعد الاختصاص.

(1) - ارجع للمادة 1006 من ق،إ،م،إ.

(2) - الحالة الأخيرة من المادة 1056 من القانون نفسه.

(3) - انظر المادة 1056 فقرة 2 من القانون نفسه.

(4) - بوضياف (عمار): مرجع سابق، ص237.

-الدراسة المسبقة والتفاوض في كل أحكام الاتفاق بما فيها الشروط التي تتعلق بفض النزاع وإتيانها نفس الأهمية التي يجب أن تولى إلى الشروط المالية والتفاوض حولها، بكل حرص، باعتبارها تكيف النتائج النهائية للاتفاق أو العقد.

-السعي للمطالبة باعتماد القانون الجزائري وبعرض النزاع على المحاكم التحكيمية بالجزائر بشأن الصفقات الدولية، وإن لم تسمح ظروف التفاوض بذلك، فإنه لا بد من السعي إلى اعتماد قانون بلد محايد، وعرض النزاع على تحكيم غير مؤسستي "ADHOC" أو عرضه على تحكيم مؤسسات تحكيمية ببلد محايد بالنسبة لأطراف الصفقة.

-الحرص على متابعة الإجراءات حال قيام النزاع والتحري خاصة في الآجال، وفي اختيار المحامين المشهود لهم بالخبرة في الميدان.

-ضرورة اعتماد آليات أخرى غير مبادرة أو موافقة السلطات المختصة على اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

### خلاصة الفصل:

يلعب كل من الطعن الإداري و التحكيم دورا مهما في تسوية منازعات الصفقات العمومية،بدل اللجوء إلى القضاء الإداري.

فالطعن الإداري له إطار عام مقرر بالقواعد العامة كما أنّ له مكانة خاصة في تنظيم الصفقات العمومية، وبعد أن كان إجباريا ومن النظام العام، فإنه وبصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية صار جوازيا يأخذ طابع محاولة صلح بين الطرفين فضلا عن ارتباطه بالطعن المقرر بالقواعد العامة، ولقد أوكلت لجان الصفقات العامة المختصة مهمة النظر فيه، وبحكم تركيبتها البشرية، فإنه بوسعها تقديم رأيها فيه، خاصة وأن اختصاصها يستند إلى معايير عضوية، مالية، وجغرافية.

وبالنظر للعقبات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة نظر الطعن من قبل اللجان في مرحلة تنفيذ الصفقة، فإنّ تنظيم الصفقات العمومية أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع عن طريق التفاوض المباشر بين أطراف الصفقة حتى يضع حدا للنزاع في بدايته ولا تتعطل المشاريع العمومية، وهذا في الحقيقة موقف يدعو إلى الثناء عليه، لأنه يهدف إلى المحافظة على المال والوقت، وأن تتم التسوية بأسرع وقت وأقل تكلفة.

أمّا بخصوص التحكيم في مجال الصفقات العمومية ، فإنه هو الآخر له إطار عام مقرر بالقواعد العامة (قانون الاجراءات المدنية و الادارية 09/08)، وأن تنظيم الصفقات العمومية أحال إليه بصفة ضمنية خاصة في المواد 62 و 115 فقرة أولى منه.

ولقد كسر حاجز الصمت وسمح لأشخاص الصفقات العمومية باللجوء إليه، وجعله جوازيا بعد أن كان محظورا على غرار بعض الأنظمة القانونية، حيث:

\*أباحت المواد 975 و976 و1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية بمبادرة من:  
\*الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة.

\*الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي إذا كان التحكيم متعلقا بالولاية والبلدية.

\*الممثل القانوني أو ممثل السلطة التي يتبعها عندما يكون التحكيم متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري.

\*وبالرابط بين أحكام المواد 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و8 و62 و115 من تنظيم الصفقات العمومية، فإنه يستنتج إمكانية خضوع بقية أشخاص الصفقات العمومية المذكورة في المادة 2 من التنظيم للتحكيم في منازعاتها، وذلك لأنها تتعلق بحقوق لها مطلق التصرف فيها، شرط الحصول على موافقة السلطة المختصة، وكذا تحديد القانون المطبق وشرط تسوية النزاع تحكيما، حتى تكون الصفقة صحيحة ونهائية، ويكون بالتوازي اللجوء إلى التحكيم صحيحا ونهائيا كل ذلك بعد إجراء تفاوض مباشر بين طرفي الصفقة أولا لأنّ هذا الأخير إجباري في منازعات التنفيذ.

الفصل الثاني:

الليوء الى القضاء الإداري لتسوية  
منازعات الصفقات العمومية

لقد استقر فقه القانون العام على أن الضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية هو إخضاع تصرفات الإدارات العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام دولة القانون وتتعرز المبادئ التي يرتكز عليها، وهذا من بين الضمانات الممنوحة من أجل وقف هذه الإدارات عند حدها وإعادتها إلى الطريق الذي حدده القانون، لذا يحق للمتعاقد مع الإدارة أو المتعهد اللجوء إلى القضاء لعرض إدعاءاتهم عليه ضد المصلحة المتعاقدة، التي تعسفت أو تماردت في التعسف بعد وقوعه، سواء ارتبط ذلك بإبرام الصفقة العمومية أو بتنفيذها ويكون ذلك إما بعد فشل المساعي الودية المقررة قانوناً، أو أن هذا المتعاقد أو المتعهد اختار اللجوء مباشرة إلى القضاء ، و ذلك ما أفصح عنه تنظيم الصفقات العمومية في كل من المادتين 114 و 115 منه، لكن دون أن يحدد الجهة القضائية المختصة صراحة، وهذا ما أحدث إشكالا بخصوص قواعد الاختصاص القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية.

ولقد اتجه البعض إلى القول بأن الاختصاص بنظر هذه المنازعات مزدوج أي أنه ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري اذا كان أحد الأطراف المنازعة شخصا معنويا عاما، أما إذا كان أحد أطراف النزاع مؤسسة عمومية صناعية أو تجارية أو اقتصادية فإن الاختصاص ينعقد للقضاء العادي.

إن هذا الاتجاه في الحقيقة يشنت منازعات الصفقات العمومية بين جهتين قضائيتين رغم أن المنازعة من طبيعة واحدة وقانون واحد، إذ أن التسليم باختصاص القاضي العادي على أساس وجود مؤسسات عمومية صناعية وتجارية أو اقتصادية كطرف في المنازعة من شأنه أن يطرح إشكالات، حيث تنطوي الصفقة العمومية على عناصر ومعالم وأحكام مقننة بموجب تنظيم الصفقات العمومية وهي قواعد طابعها إداري يختلف عن العقود المدنية.

لكن إذا اسند الاختصاص للقاضي الإداري على أساس أن المنازعة متعلقة بصفقة عمومية، وأن هذه الأخيرة هي عقد إداري بقوة القانون فإن ذلك سيجمع شتات هذه المنازعات في منازعة واحدة ينظرها قاضي واحد هو القاضي الإداري ، لأن هناك اسس معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية لتحديد طبيعة عقد الصفقة العمومية والأکید هو أنها تحوز مكانة و امكانية في تحديد اختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاتها(المبحث الأول) وذلك وفق نطاق محدد ومميز(المبحث الثاني).

## المبحث الأول:

### أساس اختصاص القضاء الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية

يتحدد اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس وجود اشخاص الصفقات العمومية و الذين يمثلون المعيار العضوي في هذه المنازعات (المطلب الأول) وكذا اعتبار الصفة العمومية عقدا إداريا (المطلب الثاني) ولهذا سنحاول أن نكشف عن مدى تطبيق هذه الأسس في منازعات الصفقات العمومية موضوع الدراسة.

## المطلب الأول:

### المعيار العضوي في منازعات الصفقات العمومية

يعتبر المعيار العضوي كل ما يصدر من هيئة إدارية أيا كان موضوعه وبالتالي يدخل في اختصاص القاضي الإداري<sup>(1)</sup>، ويعد المعيار العضوي المعيار الأكثر تماشيا مع المنازعات الإدارية، حيث يتحدد فيها بموجب المادة 800 من ق.إ.م.إ، أما في منازعات الصفقات العمومية فإنه يتحدد بموجب المادة 2 من تنظيمها وهذا سيستدعي منا تحديده (الفرع الأول)، ثم تقديره (الفرع الثاني) وذلك سعيا لمعرفة مدى تماشيه مع هذه المنازعات أي هل يصلح هذا المعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات أم لا؟

## الفرع الأول:

### تحديد المعيار العضوي:

تنص المادة 2 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المتضمن الصفقات العمومية على ما يلي: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة.
- الولايات.
- البلديات.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي

(1)- Vedel (George) : Droid Administratif : 3<sup>eme</sup> edition : ED 1964, P56.



والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"

ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم...»<sup>(1)</sup>

وعليه يتحدد المعيار العضوي في الصفة العمومية على النحو التالي:

**أولاً: السلطات المركزية في الصفة العمومية:**

يمكن حصر السلطات المركزية المخولة سلطة إبرام صفقات عمومية في:

الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة.

**1. الإدارات العمومية:**

**1. تعريف الإدارات العمومية:** لقد عرفت الإدارة العمومية في العديد من النصوص القانونية من بينها المرسوم 90-02 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب وذلك في نص المادة 14 منه كما يلي: «تعد مؤسسات وإدارات عمومية في مفهوم هذا القانون المؤسسات والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري وكذلك الإدارات المركزية التابعة للدولة والولايات والبلديات»<sup>(2)</sup>.

ولقد عرف الفقه الإدارة العمومية استناداً إلى المعيار العضوي بأنها: «مجموعة الأجهزة التي تضمن تدخل الدولة كشخص عمومي»، فالإدارة العمومية وفقاً لهذا المعيار هي الجهاز الذي يسير الشؤون العامة وهي تتكون من المرافق المتكفلة بتحقيق أهداف السلطة السياسية، كما عرفها استناداً إلى المعيار المادي على أنها: «النشاط الذي تقوم به أجهزة الدولة والذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فالإدارة العامة وفقاً للمعيار الوظيفي هي من جهة الوظائف التي تقوم بها وسائل قانونية لتحقيق هذه الوظائف وهي الأعمال الإدارية»<sup>(3)</sup>.

**2. مجال الإدارات العمومية:** تأخذ الإدارات المركزية العمومية مفهوم الدولة بمعناها الضيق

(1) - المادة 2 فقرة 1 و 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

(2) - المادة 14 من المرسوم رقم 90-02 المؤرخ في 6/02/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب: ج ر عدد6، المؤرخة في 7 فيفري 1990.

(3) - لباد(ناصر): القانون الإداري: التنظيم الإداري: ج 1، LE BED éditeur، ط3، الجزائر 2005 ص: 123.

في الصفقات العمومية، وهو يتمثل في الأجهزة والإدارات العمومية التالية:

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

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

ولقد حدد المرسوم الرئاسي رقم 01-197 المؤرخ في 22 جويلية 2001 المتعلق بصلاحيات رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة، المستشارون لدى رئاسة الجمهورية<sup>(2)</sup>.

ب- **مصالح رئاسة الحكومة:** ويقصد بها مجموعة الأجهزة المساعدة لرئيس الحكومة التي نذكر منها: مدير الديوان، الأمين العام للحكومة، رئيس الديوان المكلفون بالمهمة وأجهزة أخرى تابعة له مثل المندوب للإصلاح الاقتصادي الذي ينظم مركزه القانوني عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 90-05 المؤرخ في 01/01/1990 المتضمن إحداث الوظيفة المدنية للدولة تسمى «المندوب للإصلاح الاقتصادي لدى رئيس الحكومة» وكذا المدير العام للوظيفة العمومية الذي ينظم مركزه القانوني المرسوم التنفيذي رقم 03-190 المؤرخ في 28/04/2003 المحدد لصلاحيات المدير العام للوظيفة العمومية<sup>(3)</sup>.

ج- **الوزارات:** وتشمل هذه الأخيرة الهياكل التالية:

\* **الوزير:** وهو رجل سياسي يمارس سلطة سياسية، يعد مسؤولاً عنها أمام رئيس الحكومة وهو أيضاً رئيس إدارة الوزارة، وبهذه الصفة يمارس نشاطاً إدارياً واسعاً، فهو الممثل القانوني للدولة الذي سيبرم باسمها العقود، وهو ما أكدته نص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية إذ جاء فيه ما يلي: «لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه... الوزير فيما يخص صفقات الدولة»<sup>(4)</sup>.

(1) - بعلي (محمد الصغير): العقود الإدارية: دار العلوم عنابة. 2005 ص ص: 12 و 13.

(2) - لباد (ناصر): مرجع سابق ص: 132.

(3) - المرجع نفسه ص: 137 هامش 2 و 3.

(4) - المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

\* **الهيكل التابعة:** يشمل تركيب الوزارات على الهياكل التالية:

الأمانة العامة، ديوان الوزير، المديرية العامة أو المركزية التي تتفرع بدورها إلى مديريات فرعية، ناهيك عن أجهزة أخرى تؤدي مهامها تحت سلطة الوزير مباشرة وهي أجهزة التفويض والرقابة والتقييم والأجهزة الاستشارية والمصالح الخارجية للوزارة التي تمثل الوزارة على المستوى المحلي<sup>(1)</sup>.

## II. الهيئات الوطنية المستقلة:

1. **تعريفها:** وهي هيئات تمارس نشاطها على المستوى الوطني، ولقد سميت بالهيئات العمومية الوطنية في نص المادة 9 من قانون مجلس الدولة الجزائري.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الهيئات تعد فئة جديدة ضمن قانون الصفقات العمومية، وقد خلت التنظيمات التي سبقت المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن قانون الصفقات العمومية من الإشارة إليها، فقبل سنة 1976 لا يمكن الحديث عن وجود برلمان جزائري، ولكن بمجرد انتخاب المجلس الشعبي الوطني في سنة 1976 نجده قد أشار في نظامه المالي المصادق عليه من طرف مكتب المجلس بتاريخ 7 أفريل 1976 على الاسترشاد بنصوص الأمر 90/67 المتضمن الصفقات العمومية بدون الزاميتها ليتم تنبيهه بصفة قطعية في تعديل النظام المالي للمجلس سنة 1978.<sup>(2)</sup>

2. **مجال الهيئات الوطنية المستقلة:** وتنقسم هذه الهيئات إلى قسمين هما:

أ- **السلطات الإدارية الأخرى غير السلطة التنفيذية:** كالبرلمان والجهات القضائية العليا والمجلس الدستوري حينما تقوم تلك السلطات - وهي هيئات مستقلة عن السلطة التنفيذية - بأعمال وأنشطة ذات صبغة إدارية تتعلق بسيرها وإدارتها أي خارج مهمتها الرئيسية التشريعية أو القضائية أو الرقابة الدستورية، فنقوم بإبرام صفقات تتصل بتوريدات خاصة أو ترميمات خاصة بيناياتها... الخ.

ب- **الهيئات الوطنية القائمة في إطار السلطة التنفيذية:** ويتعلق الأمر هنا بأجهزة وتنظيمات ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية مما يجعلها مستقلة قانونيا عن أجهزة الدولة وهيكل السلطات الإدارية المركزية مثل المجالس العليا القائمة في مختلف القطاعات، المجلس الوطني

<sup>(1)</sup>- لباد(ناصر): مرجع سابق ص: 137.

<sup>(2)</sup>- Bennadji (Charif) : L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie Tome I : thèse de doctorat d'Etat en droit, université d'Alger 1991, PP:236 -238.

الاقتصادي والاجتماعي، والمجلس الإسلامي الأعلى أو التنظيمات الوطنية الأخرى.  
ويشترط في تلك الهيئات لتتمتع بحق التعاقد وإبرام الصفقات العمومية ما يلي:

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

\* من حيث الطبيعة القانونية: يجب أن تكون متمتعة بالشخصية المعنوية مما يجعلها مستقلة قانونيا ولها أهلية التعاقد وفقا لنص المادة 50 من القانون المدني<sup>(1)</sup>. وهنا يمكن لهذه الهيئات أن تبرم صفقات عمومية عن طريق مسؤوليها طبقا لنص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

### ثانيا: السلطات المحلية في الصفقات العمومية:

عملا بمقتضيات المادة 15 فقرة أولى من دستور 1996 والتي تنص على مايلي:«الجماعات الإقليمية للدولة هي الولاية والبلدية»<sup>(2)</sup>، يمكن حصر وحدات الإدارة المحلية التي خولها تنظيم الصفقات العمومية إمكانية إبرام صفقات عمومية في الولاية والبلدية.

#### 1. الولاية:

1. تعريف الولاية: يعرف الأمر رقم 04/05 المؤرخ في 2005/07/18 المتعلق بالولاية في مادته الأولى الولاية كما يلي:«الولاية جماعة عمومية إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

وتشكل مقاطعة إدارية للدولة.

تنشأ الولاية بقانون»<sup>(3)</sup>.

2. أجهزة الولاية: لقد حددت المادة 8 من قانون الولاية السابق ذكره جهازين للولاية هما:

أ- جهاز المداولة: ويتمثل هذا الجهاز في المجلس الشعبي الولائي وما يشمل من هيئات مثل رئيسه المنتخب من بين أعضائه وما ينبثق عنها من لجان دائمة ومؤقتة.

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

(1)-بعلي(محمد الصغير): مرجع سابق ص: 13 و14.

(2)-المادة 15 فقرة أولى من دستور الجزائر لسنة 1996.

(3)-المادة 1 من الأمر 04/05 المؤرخ في 2005/07/18 المتعلق بالولاية، ج ر عدد5 الصادرة بتاريخ

2005/07/19.

المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما يتضمن جهاز التنفيذ بالولاية أيضا مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للولاية المسيرة بموجب طريقة الاستغلال المباشر La regie، خلافا للمرافق العامة الولائية المكتسبة للشخصية المعنوية المستقلة قانونيا عن الولاية في شكل مؤسسات عمومية ولائية Les établissements publics طبقا للمادة 126 من قانون الولاية<sup>(1)</sup> ولقد أحالت المادة 113 من قانون الولاية على تشريع الصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي: «تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به»<sup>(2)</sup>

كما أوجد تنظيم الصفقات العمومية لجنتين على مستوى الولاية تتوليان مهمته الرقابة الداخلية السابقة على الصفقات المبرمة من طرف الولاية وهما:

لجنة فتح الأظرف ولجنة تقويم العروض بالإضافة إلى لجنة تمارس رقابة خارجية على الصفقات وهي اللجنة الولائية للصفقات<sup>(3)</sup>.

## II. البلدية:

1. **تعريف البلدية:** تخضع البلدية للقانون رقم 10/11 المؤرخ في 22/06/2011 المتعلق بالبلدية، حيث عرفتها المادة الأولى منه قائلة: «البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة، وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة. وتحدث بموجب القانون»<sup>(4)</sup>.

2. **أجهزة البلدية:** البلدية كعنصر من عناصر المعيار العضوي الذي يقوم عليه معيار العقد الإداري تشمل على مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بها سواء كانت للمداولة أو للتنفيذ حيث حددت المادة 15 من القانون 10/11 جهازين هما:

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

(1)-بعلي(محمد الصغير): مرجع سابق ص ص:14، 15.

(2)-13م من الأمر 04/05 المتعلق بالولاية.

(3)-انظر المواد 121 و125 و135 و136 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(4)-المادة 1 من القانون 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37 الصادرة في

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

ج- إدارة ينشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>(1)</sup>.

و لقد احال قانون البلدية الى تنظيم الصفقات العمومية في نص المادة 127 منه بقوله: "يتم ابرام الصفقات الخاصة بالاشغال و الخدمات او التوريد للبلدية او المؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الاداري طبق للتشريع و التنظيم الخاصين بالصفقات العمومية"<sup>(2)</sup>.

كما أوجد تنظيم الصفقات العمومية لجننتين داخليتين على مستوى البلدية وهما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقويم العروض وكذا اللجنة البلدية للصفقات التي تمارس رقابتها على الصفقات العمومية<sup>(3)</sup>.

وفي هذا المقام هناك سؤال يحتاج إلى طرح وذلك بخصوص قدرة السلطات الولائية والبلدية على إبرام الصفقات العمومية؟

إنه وإلى غاية 31 ديسمبر 1999 بلغت مديونية البلديات 22 مليار دج في 1472 بلدية من مجموع 1541 بلدية، فعلى مستوى ولاية تلمسان مثلاً هناك 46 بلدية من أصل 53 عجزت عن مواجهة المصاريف الضرورية لسنة 1999 وهذا ما اضطرها إلى اللجوء إلى الصندوق المشترك للجماعات المحلية بقيمة 313400000 دج وتعود أسباب ذلك العجز إلى:

- أن 75% من ميزانية البلدية توجه لدفع الأجور.
- ضعف التأطير للموظفين في الجماعات المحلية وهو ما يظهره الجدول

التالي:

(1)- راجع المادة 15 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية.

(2)- المادة 127 من القانون نفسه.

(3)- انظر المواد 121، 125 و 137، 138 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

غير أكفاء	قائمون بأشغال روتينية	انعدام التكوين	لا يتحكمون في النصوص القانونية	
%38	%58	%67	%51	إطارات الولايات %
%37	%60	%58	%46	إطارات البلديات %

يستنتج من خلال قراءة هذا الجدول أن إطارات الولاية والبلديات لا تتحكم في النصوص القانونية إضافة إلى عدم كفاءتها وتكوينها، بل إنها تقوم بأشغال روتينية رغم ذلك فهي تبرم الصفقات بمبالغ هائلة وهذا لا يضمن أي رقابة فعلية على الصفقات العمومية بل ويكثر من الجرائم والمنازعات الناجمة عنها<sup>(1)</sup>

### ثالثا: المؤسسات العمومية في الصفة العمومية:

تناولت المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية مجموعة من المؤسسات العمومية خولتها سلطة إبرام صفقة عمومية، وسنحاول في هذا المقام الكشف عن علاقة هذه المؤسسات بالمعيار العضوي المحدد لاختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية وفقا للترتيب الآتي:

#### 1. المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري:

**1. تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري:** هي مؤسسة تنشؤها الدولة أو المجموعات المحلية (الولاية، البلدية) بهدف إدارة مرافقها العمومية الإدارية وعلى سبيل ذلك تمنح هذه المؤسسات الشخصية المعنوية، تمارس نشاطا إداريا بحتا، ولقد أشارت المادة 800 من ق.إ.م إلى اختصاص المحكمة الإدارية بجميع القضايا التي تكون طرفا فيها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري مثل الجامعات، المستشفيات، المدارس الوطنية...<sup>(2)</sup>

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

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

<sup>(1)</sup>-بزاحي(سلوى): رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، دعوى الإلغاء نموذجا، مذكرة تخرج

لنيل شهادة الماجستير في القانون العام: شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، جامعة باجي مختار عنابة،

كلية الحقوق مارس 2007 ص: 13 و 14.

<sup>(2)</sup>-بعلي(محمد الصغير): مرجع سابق ص: 235 وأحكام المادة 800 ق.إ.م.إ.

فيمكن تناوله فيما يلي:

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

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

ج- من حيث الوسائل القانونية: تملك المؤسسة العمومية امتيازات السلطة العليا، وتتمتع تبعا لذلك بسلطة إصدار القرارات الإدارية وإبرام العقود وتكليف عقودها على أنها عقود إدارية (إلا أنها تخلت فيها عن امتيازات السلطة العامة ونزلت منزلة أشخاص القانون الخاص.

هـ - من حيث القواعد التي تحكمها: تخضع المؤسسات العمومية لأحكام القانون العام وتكيف منازعاتها على أنها منازعات ذات طبيعة إدارية وتخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>(1)</sup> هو ما أكدته نص المادة 800 من ق.إ.م إ كما تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص<sup>(2)</sup>.

كما أضاف نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني والتي يلاحظ تداخل النشاطات الممارسة من قبلها مما يصعب التفريق بينها إذن فحري بالمشرع أن يتفادى ذلك باعتماده على التصنيف المعتمد قانونا<sup>(3)</sup>.

ويرى الأستاذ لباد ناصر أن هذه المؤسسات قد تكون إدارية بالنظر إلى موضوع نشاطها وهو أمر منطقي جدا، فنشاط هذه المؤسسات يتعلق إما بالبحث العلمي والتنمية أو نشاط علمي أو تكنولوجي، أو علميا وثقافيا ومهنيا، وهذا لا يتفق مع طبيعة النشاط الصناعي والتجاري، وهذا يجعلنا نميل إلى فكرة اعتبارها مؤسسات عمومية إدارية<sup>(4)</sup> رغم أن المشرع وضع قيودا على سلطاتها في إبرام الصفقات العمومية من طرف مسؤوليها طبقا لنص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

ويتمثل هذا القيد في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في:

• أن تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وبما أننا اعتبرناها مؤسسات إدارية فإن صفقاتها هي عقود إدارية تخضع في منازعاتها

(1)- لباد(ناصر): مرجع سابق ص: 195 وما بعدها.

(2)- انظر: المادة 43 من القانون التوجيهي 01/88.

(3)- عبيد(ريم): مرجع سابق ص: 13.

(4)- راجع في هذا الصدد: لباد(ناصر): مرجع سابق ص: 195 وما بعدها.



لاختصاص القاضي الإداري تماشيا مع المعيار العضوي.

## II. المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

### 1. تعريف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: يمكن تعريف هذه

المؤسسة بأنها «المرافق التي يكون نشاطها تجاريا وصناعيا مماثلا للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة وتتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية والبلدية) وسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي وتجاريا»<sup>(1)</sup>.

### 2. النظام القانوني للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري: ظهرت المرافق

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

غير أن القضاء الفرنسي تبنى في النهاية معيار قضائيا للتمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري<sup>(2)</sup>، ويقوم هذا المعيار على عنصرين أولهما موضوعي والثاني شخصي.

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

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

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

أما تشريعا فإن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 المؤرخ في

<sup>(1)</sup>- لباد(ناصر): القانون الإداري: النشاط الإداري: ج2: لباد Editeur 2004 ص: 187 والمادة 48 من القانون

التوجيهي 01/88.

<sup>(2)</sup>- Delaubader(André) et autre : Traité de droit administratif : droit administratif général, Tome I, 17<sup>ème</sup> édition LGDJ paris 2002, PP 229, 230.

12 جانفي 1988 فإنه يميز بين المؤسسات العمومية الإدارية التي تخضع للقانون الإداري والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية واصفا هذه الأخيرة في نص المادة 45 منه كما يلي: «تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون التجاري، وللأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن»<sup>(1)</sup>.

يستفاد من هذا النص أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع بالنظر إلى موضوع نشاطها للقانون الخاص وبالتالي ينعقد الاختصاص القضائي بنظر منازعاتها للقضاء العادي، غير أنه وإسنادا للمرافق العمومية الصناعية والتجارية هي مرافق عامة تستفيد من امتيازات السلطة العامة لتسهيل أدائها لوظائفها، ولذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري.

بالإضافة إلى ذلك فإن عمال المرافق العمومية الصناعية والتجارية يخضعون للقانون العام إذا استغلوا وظائف عليا كالمديرين والمحاسبين، أما غيرهم فيعتبرون عمالا يخضعون للقانون الخاص ويختص القاضي العادي بنظر منازعاتهم<sup>(2)</sup>.

كما يخضع النظام المالي لهذه المرافق بصفة أساسية للقانون الخاص ولنظام الضرائب المطبق على الأفراد والهيئات الخاصة<sup>(3)</sup>.

ولقد أقرت هذه المؤسسة في تنظيم الصفقات العمومية سنة 2002، بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 وبمختلف التعديلات الواردة عليها وكذا المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك لتبرم صفقات عمومية عن طريق مديرها العام أو مديرها كما جاء في المادة 8 منه وذلك إذا كلفت بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بصفة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة .

### III. المؤسسة العمومية الاقتصادية:

1. تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية: إن مصطلح المؤسسة العمومية الاقتصادية يعبر عن كل المؤسسات التي تكتسي شكل شركة تجارية وخاصة شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة، كما أنه يعبر عن المؤسسات التي انسحبت الدولة من تسييرها المباشر، أي كل المؤسسات التي انتقلت إلى الاستقلالية، وأن مصطلح المؤسسة العمومية الاقتصادية من خلال

(1)- المادة 45 من نفس القانون التوجيهي 01/88.

(2)- الطماوي (سليمان): الأسس العامة للقرود الإدارية: دراسة مقارنة ط5: دار الفكر العربي القاهرة 1991 ص:

411.

(3)- لباد (ناصر): مرجع سابق ص: 126.

التعريف الوارد في المادة الثالثة من القانون التوجيهي 01/88 يعبر عن هيكل أو وسيلة للإنتاج وتراكم رأس المال وأن التركيز على عبارة اقتصادية لم يأت صدفة، بل يدل على النية الحقيقية من صياغة القانون عندما تكون الوظيفة الحقيقية للمشروع أي منشأة اقتصادية حقيقية تابعة للدولة كون جل رأس مالها مملوك من طرف الأشخاص المعنوية من القانون العام<sup>(1)</sup>، وهذا ما يؤكد نص المادة 2 من الأمر 01/04 المتعلقة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لتسييرها وخصائصها، والذي جاء فيه «المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي، مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام»<sup>(2)</sup>.

2. النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية: إن مفهوم المؤسسة العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري يختلف عن المفهوم التقليدي للمؤسسة العمومية في القانون الفرنسي، حيث أصبحت تتبع سلطات خاصة والمتمثلة في صناديق المساهمة التي تسهر على تسيير مساهمات الدولة وتحافظ على الطابع العمومي للملكية، وكونها مؤسسات اقتصادية، فذلك يخرجها من دائرة القانون العام و تدخل ضمن النظرية العامة للمشروع، وهناك من اعتبر بأن هذه العبارة تترجم رد فعل الدولة ضد تواجد الإدارة في الساحة الاقتصادية أو بالأحرى ضد التجارة العمومية.

ومن هذا المنطلق نفهم لماذا يفضل القانون اللجوء إلى أشكال الشركات التجارية التي تسمح بالتمييز بين مصالح المساهمين ومصالح المشروع الاقتصادي، وإن هذا الاختيار يجسد إرادة السلطات العمومية الرامية إلى تخصيص التسيير دون تخصيص رأس المال.

وتكتسب هذه المؤسسات الآن شكل شركة المساهمة أو شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة وأن معيار الاختيار بين هذين الشكلين يحدد وفق حجم ومجال نشاط المؤسسة، فإن صيغة شركة المساهمة مخصصة لمؤسسات ذات الطابع الوطني بينما صيغة الشركة ذات المسؤولية المحدودة فهي مخصصة للشركات العمومية المحلية<sup>(3)</sup>.

وتتمتع هذه المؤسسات باستقلالية واسعة شأنها شأن مؤسسات القطاع الخاص وهذا يمثل شرطا أساسيا لفعالية هذه المؤسسات، وإن هذه الاستقلالية تفرض التمييز بين صلاحيات مالك الأسهم وصلاحيات الجهاز القائم بالإدارة، وكذا مهام المسيرين لوضع حد للبس الناجم عن تداخل المسؤوليات حيث يكون كل جهاز مسؤول عن ممارسة صلاحياته، ويجب تحديد ما هو من

(1)- بوذراع (أميرة): شركات مساهمات الدولة بين خصخصة التسيير والخصوصية: مذكرة مقدمة لنيل شهادة

الماجستير في القانون الخاص: فرع قانون الأعمال: جامعة منتوي قسنطينة 2008-2009 ص: 26.

(2)- المادة 2 من الأمر 01/04.

(3)- بوذراع (أميرة): مرجع سابق، ص: 26، 27.

اختصاص الجمعية العامة للمساهمين وما هو من اختصاص مجلس الإدارة ومضمون مهمة المديرية العامة للمؤسسة<sup>(1)</sup>.

وفيما مضى عرفت المؤسسة العمومية الاقتصادية - والتي كانت تعرف باسم المؤسسة العمومية الاشتراكية- نوعا من الخلط بينها وبين مفهوم المرفق العمومي حيث تم إخضاع عقودها إلى قانون الصفقات العمومية بمقتضى المادة الخامسة من المرسوم 82-145 والتي جاء فيها:  
«يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا القانون ما يأتي....»

4- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويض لعقد الصفقات»<sup>(2)</sup>

كما تم تكليفها بأعباء مرفقية كثيرة ومتنوعة تضاعف معها الطابع الاقتصادي للمؤسسة لفائدة الطابع المرفقي لها، بالإضافة إلى أنه تم إخضاعها لرقابة مجلس المحاسبة مثلها مثل أشخاص القانون العام، ونتيجة لذلك اعتقد الكثير من الكتاب باختصاصات الغرفة للنظر في منازعات المؤسسة الاشتراكية<sup>(3)</sup>.

وبالتوجه نحو اقتصاد السوق الحر وصدور القانون التوجيهي 01/88 السابق الإشارة إليه فإن هذه المؤسسة العمومية أصبحت مستقلة عن التسيير الإداري وبالتالي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وإنما تخضع لقواعد القانون الخاص (القانون المدني والتجاري)<sup>(4)</sup> وهنا تكونت استقلالية منازعاتها عن رقابة القضاء الإداري ودعمت السلطة ذلك بالمرسوم 88-72 المعدل للمرسوم 82-145 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ورغم اعتبار المؤسسة شركة تجارية خاضعة لاختصاص القضاء التجاري أثار نوع من التردد بين الكتاب، حيث يرى البعض أن هناك جزء منها من النظام القانوني للمؤسسة ما يزال خاضعا لهيمنة القانون العام وبالتالي لرقابة القاضي الإداري ويتمثل ذلك فيما يلي:

\* خضوع الرأس مال لقواعد حماية المال العام باعتباره مال مملوك للدولة ومن ثمة قابل للخضوع إلى رقابة الغرفة الإدارية<sup>(5)</sup>. (المحكمة الإدارية حاليا).

\* وجود نصوص قانونية في القانون التوجيهي 01/88 تقضي بتكليف بعض تصرفات المؤسسات على أنها ذات طبيعة إدارية خاضعة لرقابة القاضي الإداري، حيث أوضحت الفقرة

(1)- بوذراع(أميرة): مرجع سابق ص: 19، 20.

(2)- المادة 5 من المرسوم 82-145 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

(3)- عجة(الجيلالي): مرجع سابق، ص: 224، 225.

(4)- نويري(عبد العزيز): مرجع سابق، ص: 50.

(5)- عجة(الجيلالي): مرجع سابق، ص: 225.

الأخيرة من المادة 55 من هذا القانون قائلة «...وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري يدعى الامتياز ودفتر شروط عامة وتكون المنازعات العامة متعلقة بملحقات الأملاك من طبيعة إدارية»<sup>(1)</sup>. كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 56 من ذات القانون على أنه «...تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة»<sup>(2)</sup> وهي إشارة ضمنية إلى اختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعاتها.

وانطلاقا من هذه الأسس القانونية كيف هؤلاء الكتاب المؤسسة على أنها شخص هجين يجمع بين القانون الخاص والقانون العام، في حين يرى البعض الآخر أن مثل هذه الأسس في الواقع هي بمثابة الاستثناءات عن القاعدة العامة للنظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية والتي تقضي بأولوية القضاء التجاري على القضاء الإداري فيما يتعلق بمنازعاتها<sup>(3)</sup>.

ولقد حاول القضاء الفرنسي التمييز بين المؤسسة العمومية الإدارية والمؤسسة العمومية الاقتصادية بالنظر إلى طبيعة نشاط كل منهما، وذلك في قضية "الواكا" وحسب رأيه أنه إذا كانت طبيعة النشاط الذي تقوم به إداريا تكون المؤسسة إدارية وتخضع منازعاتها للقضاء الإداري، أما إذا كان النشاط الذي تقوم به المؤسسة من طبيعة اقتصادية تعتبر مؤسسة عامة اقتصادية تخضع في منازعاتها للقضاء العادي<sup>(4)</sup>.

غير أنه إذا كان تنظيم الصفقات العمومية يطبق على الإدارات العمومية فإنه يطبق على المؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك منذ صدور المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ولقد أبقى عليها المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا وبصفة نهائية أو مؤقتة من طرف الدولة.

وفي هذا ربط الدكتور "بعلي محمد الصغير" في رسالته بين تخويل القانون للمؤسسة العمومية الاقتصادية إصدار القرارات وحققها في إبرام العقود قائلا: «فإذا كان القانون قد خول المؤسسة العمومية الاقتصادية سلطة إصدار قرارات إدارية فإن لها أن تبرم عقود إدارية».

وهذا يعني أن هذه المؤسسات يمكنها إبرام صفقات عمومية من طرف ممثلها وفقا لنص المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية.

(1)-المادة 55 فقرة أخيرة من القانون التوجيهي 88-01 .

(2)-المادة 56 فقرة أخيرة من القانون التوجيهي نفسه.

(3)-عجة (الجيلالي): مرجع سابق ص: 226.

(4)-بزاحي(سلوى): مرجع سابق ص: 15 وما بعدها.

## الفرع الثاني:

### تقدير المعيار العضوي:

حتى نجزم باختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية وجب علينا تقدير وجود الأشخاص المعنوية كأطراف في هذه المنازعات كالاتي:

#### أولاً: تقدير وجود الأشخاص المعنوية العامة كأطراف في منازعات الصفقات العمومية:

يعد شرط وجود الإدارة في العقد أول المعايير المميزة للعقد الإداري إذ يجب أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً حتى يكون العقد إدارياً<sup>(1)</sup>.

ويقصد بأشخاص القانون العام الأشخاص الإقليميين كالدولة والبلدية والأشخاص المرفقية، ويتولى التشريع المنظم للصفقات العمومية تحديد نوعها وطبيعتها، وعمّا إذا كانت معنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية أم أنها غير معنية به بحسب ما تقدم معنا<sup>(2)</sup>.

إذ فصلنا في الطبيعة القانونية لهذه الأشخاص المعنوية المحددة في نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية حيث أشرنا إلى أنه فيما يتعلق بالإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فإنها تعد أشخاص القانون العام طبقاً لنص المادة 800 من ق.م.إ، وعليه تعد صفقاتها عقوداً إدارية يختص القاضي الإداري بنظر منازعاتها وهذا ما أكدّه الاجتهاد القضائي في المنازعات المعروضة عليه.

أما المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ومراكز البحث والتنمية فإن طبيعتها القانونية تبقى غامضة لكننا رجحنا أنها ذات طبيعة إدارية، كما أن التمييز بينها يستند إلى معيار موضوعي علمي، تكنولوجي ثقافي، مهني... وهذا لا يستقيم من النواحي التالية:

- صعوبة التفرقة والتمييز الدقيق والواضح بين بعض تلك الأنشطة.
- عدم جدوى هذا التنوع والتعدد المفرط ما دام النظام القانوني والقضائي الجزائري يتجه بوضوح إلى النظام المزدوج وليس التعدد<sup>(3)</sup>.

(1) - فؤاد عبد الباسط (محمد): أعمال السلطة الإدارية: القرار الإداري: العقد الإداري: دار الفكر الجامعي الإسكندرية: دون تاريخ ص: 212.

(2) - بوضياف (عمار): الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص: 68.

(3) - بعلي (محمد الصغير): المحاكم الإدارية: دار العلوم للنشر والتوزيع: عنابة: الجزائر 2005 ص: 44 وما بعدها.

إلا أن المرسوم الرئاسي 10- 236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الزمها عندما لا تكون خاضعة لأحكامه في إطار تكليفها بإنجاز عملية ممولّة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أن تعتمده وتصدق عليه على التوالي من طرف هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية ما عدا في أحكامه المتعلقة بالمراقبة الخارجية وفي هذه الحالة يقوم الوزير الوصي بإعداد جهاز للمراقبة الخارجية لصفقاتها والموافقة عليه، كما سمحت المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية للوزير الوصي بمخالفة بعض أحكام هذا المرسوم في حالة الضرورة الملحة<sup>(1)</sup>.

وهذا ما يجعلنا نميل إلى اعتبار هذه المؤسسات هي مؤسسات إدارية، خاصة وأنها لا تبتغي ربحاً من خلال نشاطها، وأن قراراتها إدارية، والعاملين فيها يخضعون للقانون الأساسي للوظيفة العامة، رغم أنها لم ترد في منطوق المادة 800 من ق.إ.م.إ، ولا أثر لها في السياق اللفظي، ولهذا لا بد من تعديل أحكام المادة 800 المذكورة أعلاه، من أجل إحداث الملائمة بين هذه المؤسسات والمؤسسة العمومية الإدارية.

وفي غير ذلك يبقى المعيار العضوي متوافر في جميع الصفقات التي تبرمها هذه الأشخاص وهذا يعني أن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري بخصوص منازعاتها، حيث تختص المحاكم الإدارية باعتبارها جهة الولاية العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية وتنظيمها وعملها، والمادة 800 ق.إ.م.إ، ويظل الاختصاص منوطاً بها ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية وذلك وفقاً لنص المادة 9 من القانون العضوي 02/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، لأنها في الحقيقة تتولى النظر في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، كما ينظر في دعاوى التفسير وفحص المشروعية بالنسبة للنزاعات التي تؤول إليه<sup>(2)</sup>.

وعليه أخرجت منازعات الصفقات العمومية من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي ونهائي حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية، غير أن مجلس الدولة وتطبيقاً للمادة 152 من الدستور يتولى مهمة الرقابة القضائية، بما يعني أنه ينظر في قضايا منازعات الصفقات

(1)- المادة 2 فقرة 3 و4 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)- انظر المادة 1 من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات المحاكم الإدارية وتنظيمها وعملها و 9 من القانون العضوي 02/98 / المؤرخين في 30 ماي 1998 لمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر ع 37 الصادرة بتاريخ 31 ماي 1998 .

العمومية بعنوان هيئة استئناف أو جهة قضاء درجة ثانية<sup>(1)</sup> لكن إذا كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية طرف في دعوى إلغاء قرار منفصل عن عقد صفقة عمومية، فإن الاختصاص ينعقد ابتدائياً ونهائياً لمجلس الدولة، بأعمال نص المادة 9 من القانون العضوي 02/98 السابق الإشارة إليها.

وعليه يكون القاضي الإداري مختصاً على الدوام بمجرد كون أحد أطراف النزاع شخصاً عاماً دون الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة أو العامة للعقد<sup>(2)</sup>.

ويؤكد ذلك الاجتهاد القضائي إذ فصل مجلس الدولة في العديد من منازعات الصفقات العمومية أطرافها لشخص معنوي عام ومن أمثلتها:

\* قضية قديس عبد القادر ضد رئيس المجلس الشعبي لبلدية متليلي (قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/15)<sup>(3)</sup>.

\* قضية مقالول الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس (قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/15)<sup>(4)</sup>.

\* قضية المعهد الوطني للوقود والكيمياء ضد مكتب الدراسات العمرانية ببرج منايل (قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1999/05/03)<sup>(5)</sup>.

كما أصدرت محكمة التنازع أيضاً قرار بناء على إحالة بتاريخ 2007/12/09 في قضية لبلدية زمورة ومورد (...) والذي جاء في أحد حيثياته ما يلي: «...أن البلدية لا تمارس نشاطاً تجارياً وليس لها صفة التاجر بمفهوم المادة الأولى من القانون التجاري... وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات بلدية زمورة... وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرف في النزاع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصاً للفصل فيه... القول بأن الغرفة الإدارية

(1) -بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 227.

(2) -محيو(أحمد): ترجمة أنجق(فانز) وبيوض(خالد): مرجع سابق ص: 107.

(3) -قرار مجلس الدولة رقم 00605 مؤرخ في 2003/04/15 قضية قديس عبد القادر رئيس المجلس الشعبي لبلدية متليلي: مجلة مجلس الدولة عدد 4 لسنة 2003 ص: 74، انظر ملحق رقم 3 ص 18 منه .

(4) -قرار مجلس الدولة رقم 008072 مؤرخ في 2003/04/15 قضية مقالولة الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس: مجلة مجلس الدولة: العدد نفسه ص: 80، انظر ملحق رقم 3 ص 21 منه .

(5) -قرار مجلس الدولة مؤرخ في 1999/05/3 قضية المعهد الوطني للوقود والكيمياء ضد مكتب الدراسات

العمرانية ببرج منايل: نقلا عن بن الشيخ آث ملويا(حسين) مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية: دم.ج 2003 ص: 85.



لمجلس قضاء غيليزان مختصة للفصل في النزاع...»<sup>(1)</sup>.

غير أنه إلى جانب عقود الإدارة التي تخضع للقانون العام<sup>(2)</sup> توجد عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص، وعليه لا يكون العقد إدارياً رغم توافر المعيار العضوي وتبعاً لذلك لا يمكن الجزم بالطبيعة الإدارية للصفقة العمومية بمجرد توافر المعيار العضوي وهو ما أكدته القضاء الإداري الفرنسي إذ اعتبر توفر المعيار العضوي في العقد مجرد قرينة بسيطة على طبيعته الإدارية، وهو ما يعني قابليتها لإثبات العكس<sup>(3)</sup>.

وفي ذات الشأن أصدرت محكمة التنازع الجزائرية قراراً بخصوص قضية رئيس بلدية (الرايس حميدو) ضد (ص.ج) بتاريخ 8 ماي 2000 جاء فيه: «...حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للاختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية، على أساس:

1- أن أحد الطرفين المتخاصمين هو بلدية (الرايس حميدو)، وتطبيقاً لمقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية.

2- وأن موضوع النزاع، بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ صفقة عمومية وفقاً لمقتضيات المرسوم التنفيذي فيه رقم 91-434، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991...»<sup>(4)</sup>.

ولما كان نظام القضاء الإداري في الوقت الحاضر يقوم على أساس التخصص فإن المسلم به لأن فكرة القانون الواجب التطبيق هي الفيصل في تحديد الاختصاص بمعنى أن الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادي، بينما يكون الاختصاص للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية<sup>(5)</sup>.

إلا أنه لا يمكننا أن ننكر بأن المعيار العضوي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتميز بأنه معيار بسيط وواضح على حد تعبير كثير من الكتاب المهتمين بالشؤون الإدارية نظراً لانعكاساته العملية والايجابية على مستوى الدعوى الإدارية أي أنه من شأنه أن يسهل من عملية

(1) -قرار محكمة التنازع(بناء على إحالة) رقم 45 مؤرخ في 2007/12/9(قضية بلدية زمورة ضد مورد)، منشورة بمجلة مجلس الدولة عدد 9 لسنة 2009 ص: 150، انظر ملحق رقم 3 ص 24 منه .

(2) - يعتبر القضاء عقود الدومين الخاص وعقود الإيجار عقوداً إدارية لتعلقها بمرفق عام لكن لا تبرم وفق قانون الصفقات العمومية.

(3) - Monin(Marcel) : arrêts fondamentaux du droit administratif . Ellipses, paris 1995, P:101.

(4) -قرار محكمة التنازع رقم 01 المؤرخ في 08 ماي 2000 قضية رئيس بلدية الرايس حميدو ضد (ص.ج)، منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 2 لسنة 2002، ص: 99.

(5) -سليمان الطماوي (محمد): قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية مقال منشور بمجلة مجلس الدولة المصري: مطبعة مخيمر السنة 7 ص: 206.

التقاضي على المتقاضي وعلى القاضي على حد سواء، لكن الواقع العملي أثبت أن المعيار العضوي المكرس في قانون الاجراءات المدنية و الادارية أصبح يسجل محدودية في أكثر من جانب خاصة وأنه يحصر تطبيق القانون الإداري داخل حدود ضيقة (الأجهزة الإدارية) (1) وهذا لا يتفق مع نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية الذي يخضع المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية وكذا الاقتصادية له.

كما أن المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تنص في فقرتها الثالثة على أنه : «...لا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم...» (2). ولعل الحكمة من ذلك هو أن التعاقد بين الإدارات العمومية لا يثير إشكالية الفساد المالي أو شبهة المعاملة، اعتباراً أن العقد جمع بين جهتين عموميتين، كما أن الأمر سيسفر عن مخالفة مبدأ المساواة المكرس في المادة 03 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاء فيها: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة» (3)، وهنا نتساءل كيف يمكن تحقيق المساواة في المعاملة إذا كان العقد معفى من الخضوع لمبدأ الشفافية والإشهار، ويبرم بطريقة مخالفة لإبرام الصفقة، ويتم بطريقة تخلو من كل إعلان وصحافة، وفيها مفاضلة، فهي أشبه ما تكون بحالة تراضي بسيط وإن كانت هذه الأخيرة مقيدة بحالة بحالة في النص، وآخر حكمة يمكن قولها، هو أنه لا يمكن المفاضلة بين الإدارات العمومية نفسها، إذا أبرمت عقد صفقات فيما بينها (4).

وهذا يعني أن وضوح المعيار العضوي ليس مطلقاً ، وأن البساطة التي قصدت من تبنيه لم تتحقق إلا بصورة جزئية (5).

**ثانياً: تقدير وجود المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والاقتصادية كأطراف في منازعات الصفقات العمومية:**

(1) - زغداوي (محمد): مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الإصلاح القضائي

الجديد: مجلة العلوم الإنسانية عدد 13: جامعة منتوي قسنطينة الجزائر 2000 ص: 121 وما بعدها.

(2) - فقرة 03 من المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) - المادة 03 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(4) - بوضياف (عمار): شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 57-58.

(5) - شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص: 21.

إن امتداد نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المادة الثانية منه يدل على رغبة التنظيم في توسيع نطاق الرقابة على نفقات المال العام المخصص أساسا للاستثمارات التنموية خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية، ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين تنفيذها<sup>(1)</sup>.

ولعل أهم إشكال يثير التنظيم الجديد يتعلق أساسا بانتهاكه للمعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 ق.إ.م.إ، وذلك بإبرام عقود صفقات عمومية أحد أطرافها مؤسسات عمومية صناعية وتجارية أو مؤسسات عمومية اقتصادية.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والاقتصادي لم تكن تدرج ضمن الصفقات العمومية إلى غاية 1988، لأن القانون التوجيهي 01/88 السابق الإشارة إليه استبعد ذلك بموجب المادة 59 منه حيث جاء فيها:

«لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، والمتضمن قانون الصفقات العمومية»<sup>(2)</sup>، ولهذا فإن المادة الأولى من المرسوم رقم 72-88 المؤرخ في 29 مارس 1988 المعدل والمتمم للمرسوم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي لم تذكر عقود هذه المؤسسات ضمن الصفقات العمومية.

غير أن المادة 5 من المرسوم 82-145 كانت تعتبر المؤسسة العمومية الاشتراكية متعاملا عموميا، كما أن المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتعلق بالصفقات العمومية لم تكن تدرج عقود هذه المؤسسات ضمن الصفقات العمومية، ومن ثمة كانت عقود هذه المؤسسات لا تخضع للقضاء الإداري وإنما للمحاكم العادية لكون النزاع لا يتعلق بأحد أشخاص القانون العام التقليدية الواردة بالمادة 7 ق.إ.م، والتي حلت محلها المادة 800 من ق.إ.م.إ، ولقد أكد ذلك قرار مجلس الدولة المؤرخ في 5 مايو 1996 في قضية مدير ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد الشركة الجزائرية للأشغال والبناء بخصوص صفقة عمومية مبرمة بينهما، ولقد اعتبر القضاء الجزائري هذه الصفقة عقدا مدنيا على أساس المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91/434

(1) - عبيد(ريم): مرجع سابق ص: 12.

(2) - المادة 59 من القانون التوجيهي 01/88.

المتعلق بالصفقات العمومية والمادة 7 من ق.إ.م.<sup>(1)</sup>.

وبصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنه نص صراحة على اعتباره صفقات عمومية عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية عندما تقوم بعمليات ممولة بأموال عمومية، وهنا يتضح أن هذا المرسوم الرئاسي خرج عن المعيار العضوي وأخذ بمعيار الأموال العامة، فعلى الرغم من أن المعيار العضوي غير متوفر في عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي، إلا أنه اعتبرها عقود إدارية مما يرتب اختصاص القضاء الإداري ولكن شريطة أن تكون العمليات التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية<sup>(2)</sup>، ويصدق القول على المؤسسات العمومية الاقتصادية والتي أصبحت هي الأخرى خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل للمرسوم الرئاسي 02-250 وذلك إذا كلفت بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة<sup>(3)</sup>.

وبصدور المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بالمرسوم 12-23 فإن تمويل الصفقات العمومية المبرمة من قبل المؤسسات العمومية يكون كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أي من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة، كما ألزم تنظيم الصفقات العمومية من خلال هذا المرسوم هذه المؤسسات العمومية -عندما لا تخضع لأحكامه بخصوص تكليفها بإنجاز عملية ممولة أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة- أن تعتمد هذا المرسوم وتصدق عليه على التوالي من طرف هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية ما عدا في أحكامه المتعلقة بالمراقبة الخارجية، وفي هذه الحالة يقوم مجلس مساهمات المؤسسة العمومية الاقتصادية والوزير الوصي فيما يخص المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية بإعداد جهاز للمراقبة الخارجية لصفقاتها والموافقة عليه، مع إمكانية كل منهما القيام بمخالفة أحكام هذا المرسوم في حالة الضرورة الملحة<sup>(4)</sup>، وهذا حتى تتمكن هذه المؤسسات من حماية أموالها من خلال أحكام هذا المرسوم، ورغم هذا الموقف الذي اتخذته تنظيم الصفقات العمومية، إلا أن قضاء مجلس الدولة أصدر قراراً بتاريخ 2002/11/05 في قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة

(1)-قرار مجلس الدولة رقم 349 المؤرخ في 5 ماي 1996 قضية مدير الترقية والتسيير العقاري ضد الشركة الجزائرية للأشغال والبناء (غير منشورة) نقلا عن بزاحي (سلوى): ص 47.

(2)- شيهوب (مسعود): مرجع سابق، ص: 57.

(3)- انظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل بالمرسوم الرئاسي 08-338 المتضمن الصفقات العمومية.

(4)- انظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل ب المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

التسيير السياحي للشرق قسنطينة) حيث قضت فيه بعدم اختصاص القاضي الإداري للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري صفقة عمومية على أساس أنها لا تخضع لقانون الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>، كما اتخذ نفس الموقف عندما صرح في قضية أخرى بين [(أ.ج) والوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري] بأن هذه الأخيرة هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية<sup>(2)</sup>.

إن هذا الموقف مؤيد من قبل الأستاذ "بعلي محمد الصغير" والأستاذ (بن ناجي شريف)، إذ يعتبر أن القضاء العادي هو المختص بنظر هذا النوع من النزاعات على اعتبار غياب المعيار العضوي المكرس في قانون الإجراءات المدنية، لأن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري هي أحد أطراف النزاع، وأنه منذ 1982 مالت الصفقات العمومية في الجزائر نحو عقود القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

وعلى إثر تنازع سلبي بين قرار إداري وقرار مدني بعدم الاختصاص صدر قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13 [بين ق.ج والشركة الجزائرية للتأمين (SAA) وحدة بشار] حيث جاء فيه ما يلي: «...حيث وأنه إذا كان فعلا في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرم بين السيد: مدير مؤسسة البناء (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمين (SAA) وحدة بشار ممثلة في مديرها، فإن الشركة الجزائرية ليست شخصا من أشخاص القانون العام، وإنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (EPIC) وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250... وإن اختصاص الفصل في النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية...»<sup>(4)</sup>.

ويفهم من هذا القرار أن القضاء الإداري بالجزائر أصبح يعمل معيار الأموال العامة كأساس لاختصاصه في منازعات الصفقات العمومية، وهذا هو التطبيق الصحيح لما ورد في المادة 2 من

<sup>(1)</sup> -قرار مجلس الدولة رقم 003889 المؤرخ في 2002/11/5 قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير

السياحي للشرق قسنطينة: مجلة مجلس الدولة عدد 3 سنة 2003 ص: 109، انظر ملحق رقم 3 ص 27 منه .

<sup>(2)</sup> -قرار مجلس الدولة رقم 004841 المؤرخ في 2003/04/15 بين الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري ضد (أ.ج): مجلة مجلس الدولة رقم 04 لسنة 2003.

<sup>(3)</sup> -راجع بعلي (محمد الصغير): العقود الإدارية: مرجع سابق ص: 18، 19 وبن ناجي (شريف): محاضرات في الصفقات العمومية، ملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء دفعة 14، العام الأكاديمي 2004-2005.

<sup>(4)</sup> -قرار محكمة التنازع رقم 42 الصادر بتاريخ 2007/11/13 قضية (ق.ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين SAA وحدة بشار: مجلة مجلس الدولة عدد 9 لسنة 2009. ملحق رقم 03 ص 29 منه

تنظيم الصفقات العمومية، وعليه فإن الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والاقتصادية أيضا تخضع للقضاء العادي في منازعاتها إذا لم تكن ممولة بأموال عمومية. هذا الرأي اتخذه الأستاذان "زروقي ليلي" و"حمدي باشا عمر"، اللذين يريان بدورهما أنه بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية، فإن الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لإنجاز سكنات تمول من طرف الخزينة العامة، تخضع لقانون الصفقات العمومية، والتي تسري عليها أحكام المادتين 55 و56 من القانون التوجيهي 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية لتحديد القانون المطبق والقاضي المختص؛ أي القانون الإداري والقاضي الإداري<sup>(1)</sup>.

أي أن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة عقود إدارية رغم غياب المعيار العضوي وذلك بموجب القانون التوجيهي 01/88 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 55 منه على أنه «عندما تكون المؤسسات العمومية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة، وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري ودفتر الشروط العامة...»<sup>(2)</sup>، وتنص الفقرة الأولى من المادة 56 منه كذلك على أنه «عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة، تسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى...»<sup>(3)</sup>. وهذا يصرح فعلا بالأخذ بالمعيار المادي كأساس في منازعات الصفقات العمومية.

ولقد طبق الاجتهاد القضائي الإداري ذلك والمثال على ذلك القرار الصادر بتاريخ 16 جويلية 1988 في قضية "ب.أ.زح" ضد والي ولاية الجزائر والذي اعتبر الإيجار المبرم بين دواوين الترقية والتسيير العقاري وبين الشاغلين عقودا إدارية لأنها «عقود إذعان...متصلة بعمل السلطة العامة...وتسيير مرفق عام»<sup>(4)</sup>، ويرجع ذلك إلى أن هذه المؤسسات تخضع للقضاء الإداري كلما تعلق الأمر بعلاقتها بالدولة أو بينها وبين الأفراد بسبب الإخلال بقواعد سير المرافق العامة أو بنشاطات السلطة العامة المتمثلة في التراخيص والإجازات والعقود التي تصدرها الدولة<sup>(5)</sup>، وهنا

(1) -حمدي باشا (عمر)، زروقي (ليلى): المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص:32.

(2) -المادة 55 فقرة أولى من القانون التوجيهي 01/88.

(3) -المادة 56 فقرة أولى من القانون التوجيهي 01/88.

(4) -قرار مجلس الدولة رقم 51450 المؤرخ في 16 جويلية 1988 قضية ب.أ.ز.ج ضد والي ولاية الجزائر (غير منشور) نقلا عن مسعود شيهوب مرجع سابق ص: 55 هامش: 1.

(5) -شيهوب (مسعود): المرجع نفسه ص: 30.

نلاحظ أن الاجتهاد القضائي طبق معيار السلطة العامة (استعمال شروط إذعان غير مألوفة في العقود الخاصة)، وبذلك وسع الاجتهاد القضائي من اختصاص القضاء الإداري وأكد بأن عقود المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية التي تحتوي على مظاهر السلطة العامة والمتعلقة بتنفيذ مرفق عام ينبغي أن تعتبر عقود إدارية تخضع منازعاتها للقضاء الإداري<sup>(1)</sup>.

إن القضاء الإداري الفرنسي يأخذ أيضا بهذه الفكرة إذ يعتبر هو الآخر أن العقود التي تبرمها الأشخاص الخاصة عقودا إدارية رغم غياب المعيار العضوي بشرط أن يكون تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة لحساب ولمصلحة الإدارة وهذا ما قرره محكمة التنازع في حكمها الشهير بتاريخ 8 جويلية 1963 وهو حكم PEYROT حيث قضت المحكمة بأن: عقد الأشغال العامة المبرم بين شركة اقتصاد مختلط ومنشأة خاصة للمعاونة في إنشاء طريق عام يعد عقدا إداريا ثم إن كل طرفيه من أشخاص القانون الخاص، وقد اشتدت محكمة التنازع في تبرير اختصاص القضاء الإداري إلى أن شركة الاقتصاد المختلط لم تكن تتصرف إلا باسم ولمصلحة الدولة<sup>(2)</sup>.

لكن إذا اطلعنا على نص المادة 800 من ق.إ.م.إ فإننا نجد أن اختصاص المحاكم الإدارية لا يمتد إلى المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والاقتصادية بل يعود لاختصاص المحاكم العادية وهذا ما قرره محكمة التنازع الفرنسية في قضية الشركة التجارية لغرب أفريقيا المعروف بقرار "إيلوكا ELOKA"، وعليه فإن أعمال مفهوم المخالفة لنص المادة 800 من ق.إ.م.إ بشكل عام يعني إسناد منازعات هذه المؤسسات كمرفق عام والتي هي من صميم القانون الإداري للقاضي الخاص ولهذا فإن الأستاذ "شيهوب مسعود" يرى بأن حسن سير العدالة يقضي إسناد هذه المنازعات إلى أهل الاختصاص وعلى القاضي الإداري أن يطور اجتهاده على أساس نوع التمييز بين منازعات هذه المؤسسات المتعلقة بالإنتاج والتوزيع التي تخضع للمحاكم العادية تطبيقا للمادة 800 السالف ذكرها لأنها تتعلق بالعلاقات التجارية للمؤسسات، وبين المنازعات المتعلقة بتنظيم المرفق وقواعد سيره لأنها تتعلق بالقانون الإداري، وذلك يتفق مع نص المادة 45 من القانون التوجيهي 01/88 السابق الإشارة إليها وعليه فإذا قامت هذه المؤسسات بصلاحيات تتضمن مظاهر السلطة العامة مثل منح التراخيص والإجازات والعقود الإدارية فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري<sup>(3)</sup>.

وكننتيجة لما سبق فإن نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية كيف صفقات المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والاقتصادية كعقود إدارية كونها تبرم لحساب الدولة وبهدف تحقيق

(1) - المرجع نفسه، ص: 86، 87.

(2) - Gustave (Peisir) : droit général administratif : 7<sup>ème</sup> édition Dalloz, paris 1999, PP: 148-149.

(3) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق، ص: 91 وما بعدها.

الصالح العام وذلك بسعيها لإنجاز عمليات ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، خاصة وأن المادة 4 من تنظيم الصفقات العمومية أكدت أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، وبما أن تمويل صفقات هذه المؤسسات يكون من طرف الدولة، فالأكيد هو أن الصفقة ستبرم لحسابها، وفي ذلك يقول الأستاذ " Jean Rivéro": «لا يجب أن ننخدع بالوضع الظاهر، بل يجب كشف من يقف خلف هذا التعاقد، وهو الشخص العام، فذلك هو المتعاقد الحقيقي<sup>(1)</sup>. وهذا يؤكد خضوع منازعاتها للقضاء الإداري خروجاً عن المعيار العضوي إذ يصعب التسليم باختصاص القاضي العادي بالنظر في منازعاتها لأن قانون الصفقات العمومية هو قانون إداري محض لا يمكن التشكيك فيه، وخصوصاً وأنه من الطبيعي أن يطبق القانون التجاري على الخصومات المعروضة أمامه، حسب الموضوع وطبيعة موضوع كل عقد وبالتالي من غير الممكن تطبيق قانون الصفقات العمومية من قبل القاضي العادي لأن قانون الصفقات العمومية ينطوي على طابع إداري محض، وبالتالي هناك اصطدام بين نص المادة 7 ق.إ.م.إ (حالياً المادة 800 ق.إ.م.إ) باعتباره نصاً تشريعياً أسمى من نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية والذي يعد نصاً تنظيمياً، وهو ما يفرض ضرورة التدخل لحسم هذا الإشكال القانوني والذي له علاقة بقواعد الاختصاص القضائي وهي من النظام العام<sup>(2)</sup> أسوة بقانون الصفقات العمومية الفرنسي، إذ نصت المادة 2 منه على أنه «تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات العمومية المبرمة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية، ومؤسساتها العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية والجماعات المحلية ومؤسساتها العمومية»<sup>(3)</sup>.

حيث أكد كذلك النظام الفرنسي على الطابع الإداري للصفقة العمومية واختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاتها ما عدا تلك التي رفعت أمام القاضي العادي قبل دخول قانون MURCEF رقم 1168/2001

(mesures urgentes à caractère économique et financier)

المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 حيز التنفيذ، وذلك بموجب المادة 2 منه والتي تنص على ما

يلي:

«Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrat administratif. Toutefois, le juge judiciaire demeure

(1) -بزاحي (سلوى): مرجع سابق، ص: 48.

(2) -بوضياف (عمار): الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص: 226.

(3) - Article n°2 du décret n°2001 du 7 Mars 2001 portant code des marchés publics JO ° 571 du Mars 2001p: 3.



compétant pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi».

ومن خلال ذلك فإن كل الصفقات العمومية المبرمة من خلال قانون الصفقات العمومية تخضع في منازعاتها للقاضي الإداري مهما كان تاريخ إنشائها<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني:

#### اعتبار الصفقة العمومية عقدا اداريا:

إذا اعتبرت الصفقات العمومية عقود إدارية بقوة القانون، فلا شك أن تقنين العمل والنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدد معالم وعناصر تتميز بها الصفقة العمومية، وذلك ما أخذت به بعض الأنظمة القانونية حيث جعلت من هذه العناصر أساسا لاختصاص القاضي الإداري لينظر في منازعاتها وهذا يستدعي تحديدها (الفرع الأول) تم تقديرها (الفرع الثاني) للكشف عن مدى اعتمادها كأساس محدد لاختصاص القاضي الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية.

#### الفرع الأول:

##### تحديد العناصر التي تجعل الصفقة العمومية عقدا اداريا:

يعتبر العقد الإداري صفقة عمومية بناء على شكل هذه الأخيرة (أولا) وموضوعها (ثانيا) وحدها المالي الأدنى (ثالثا) إذ لا يكفي المعيار العضوي وحده لإضفاء الطابع الإداري عليها، ومن ثمة إخضاعها لقانون الصفقات العمومية وبالتالي التصريح باختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاتها.

##### أولا: الشكل في الصفقة العمومية:

يقصد بشكل عقد الصفقة أن يكون مكتوبا وأن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في استخدام وسيلة القانون العام عند تعاقدها أو ما يعرف بتضمين عقد الصفقة شروطا استثنائية غير مألوفة.

1. شرط الكتابة: يعتبر هذا الشرط قاعدة يرد عليها استثناء.

1. قاعدة اشتراط الكتابة: بالرجوع إلى تعريف الصفقات العمومية الوارد في المادة الأولى من الأمر 90/67 والمادة الرابعة من المرسوم 82-145 والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 91-434 وكذا المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 02-250 وأخيرا المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12/23، نجد أن هذه النصوص استقرت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة أي عقود شكلية، حيث تحرر كتابة استنادا أو

(1) - Bergeal(Catherine) ; Lenica (Frederic). ; Op Cit p : 12.

طريقا إلى دفاتر الشروط التي تضعها الجهة الإدارية المختصة مسبقا تماشيا مع مقتضيات العمل الإداري، فإن العقود التي تبرمها الإدارة يسودها مبدأ الشكلية حيث تفرغ في الشكل الكتابي<sup>(1)</sup>.

ولعل سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لما يلي:

- إن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة.

- أن الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة هي التي تتحملها<sup>(2)</sup> لذا وجب أن تكون الصفقات مكتوبة<sup>(3)</sup>.

- أن العقد المكتوب يكون ثابت التاريخ.

- لا يمكن إنكار ما تشتمل عليه العقود الإدارية إلا عن طريق التزوير<sup>(4)</sup>.

- كما أنه وبشرط الكتابة تتميز الصفقة العمومية عن بعض العقود المدنية. ويقصد بالكتابة بمفهوم المادة 4 السابق ذكرها الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي، موقع من قبل أطراف الصفقة، ومختوم يحمل تاريخا معينا دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي على يد موثق، فالإدارة عندما تصدر قراراتها الإدارية فإنها تتميز بالطابع التنفيذي دون حاجة للجوء إلى السلطة أو جهة أخرى، فلكذلك هي من تكتب سائر بنود الصفقة بالنسخ المطلوبة، وبعدها تبدأ عملية التوقيع، وطبعا هذا يدخل أيضا في مرونة النشاط الإداري، فلا يعقل إلزام الإدارة باللجوء للموثق كلما تعلق الأمر بتحرير صفقة<sup>(5)</sup>.

وتتكون الصفقة العمومية من العقد نفسه الذي تبين الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها ودفاتر الشروط الذي يحدد عناصر العقد، ومنها أساس موضوع العقد، ومدة العقد، وحقوق وواجبات كل من الإدارة والمتعاقد معها...<sup>(6)</sup>.

وتعتبر دفاتر الشروط وثائق تتضمن مجموعة القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا وبارادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تطبق على عقودها وصفقاتها مراعاة

(1) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 186.

(2) - المرجع نفسه، ص: 187.

(3) - بوضياف (عمار): مرجع سابق ص: 54.

(4) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 187.

(5) - بوضياف (عمار): شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 59، 60.

(6) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 187.

لمقتضيات المصلحة العامة، كما تعد هذه الدفاتر ذات طبيعة تعاقدية وليس تنظيمية لأنها تصبح شريعة المتعاقدين على الرغم من وضعها ابتداء بالإرادة المنفردة من طرف الإدارة المتعاقدة أو غير المتعاقدة<sup>(1)</sup>.

وتأخذ دفاتر الشروط الأشكال الآتية:

• دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

• دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني .

• دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة<sup>(2)</sup>.

## 2. الاستثناء الوارد على القاعدة:

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية قد شيد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة فإنه أورد استثناء على القاعدة حددته المادة 7 فقرة أولى و ثانية من المرسوم الرئاسي 12- 23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: «تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني أن يرخص بموجب مقرر معطل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة .

وترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية والى مجلس المحاسبة...»<sup>(3)</sup>.

من هذا النص أعلاه تبين لنا أن التنظيم جعل الأصل أن التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا بذلك، والقاعدة هنا تتماشى والمنطق القانوني، فلا يعقل بدء عملية التنفيذ، في حين ان إجراءات تحرير الصفقة أو توقيعها لم تتم بعد.

غير أن التنظيم منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة فمكناها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفقة قبل عملية الإبرام، وعلق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو

(1)- بعلي(محمد الصغير): مرجع سابق ص ص: 48، 49.

(2)- المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3)- المادة 7 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الوالي المعني، وهذا بموجب مقرر معلل يحتوي على جملة من الأسباب تسوغ اللجوء إلى التنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام.

ولا شك أنه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلا في حالات محددة لذلك وهي كما جاءت في نص المادة أعلاه بعبارة «...في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة...» ويبقى أن المصلحة المتعاقدة هي أول من يتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص ويقع عليها عبء تبرير وجه الخطر، نطاقه وآثاره، كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية بهدف إصدار التراخيص، وإذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو المحلية وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة، وإلا ما كان أن يلزم الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإرسال نسخة من الترخيص لوزير المالية<sup>(1)</sup>.

كامل فرضت المادة 7 في فقرتها الأخيرة من تنظيم الصفقات العمومية إعداد صفقة تسوية خلال مدة 3 أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر أي من تاريخ بدء التنفيذ إذا كان موضوع الصفقة يفوق 8 ملايين دج لصفقات الأشغال واللوازم و4 ملايين دج لصفقات الدراسات والخدمات<sup>(2)</sup>. وهذا يؤكد مجددا على أهمية عنصر الكتابة فرغم أن التنفيذ بدأ وقطع شوطا معتبرا فهذا لا يعني إهمال عنصر الكتابة بل لا بد من إجراء وإعداد صفقة تسوية، ثم إن وجود الصفقة ورقيا مهم جدا كوثيقة إدارية ومحاسبة تحفظ ضمن وثائق الإدارة وتستعمل عند الحاجة.

## **II- الشرط غير المألوف في عقد الصفقة العمومية:**

يضيف جانب من الصفقة معيار الشرط الغير مألوف في الصفقة العمومية لاعتبارها عقدا إداريا يختص القاضي الإداري بتسوية منازعاته، ويتجسد هذا الشرط في تحويل جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات والامتيازات التي لا نجد لها مثيلا على مستوى دائرة القانون الخاص وذلك على حساب المتعامل المتعاقد على أساس أن الشرط الاستثنائي هو الذي يمنح للمتعاقدين حقوقا أو يضع على عاتقهم إلتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها من تعاقد في نطاق القواعد المدنية أو التجارية<sup>(3)</sup>.

### **1. سلطة المصلحة المتعاقدة في المراقبة والإشراف:**

<sup>(1)</sup>-بوضياف(عمار): مرجع سابق ص ص: 55، 56.

<sup>(2)</sup>- المادة 7 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

<sup>(3)</sup>-بوضياف(عمار): مرجع سابق، ص: 62.

في الحقيقة لا يوجد في تنظيم الصفقات العمومية ما يكرس سلطة المصلحة المتعاقدة في المراقبة والإشراف إلا أن للإدارة سلطة كاملة في توجيه تنفيذ العقد والمراقبة على ذلك حتى في حالة عدم وجود بند صريح في العقد ينص على ذلك، فالقاعدة العامة أن سلطة الإدارة في الإشراف والمراقبة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها كما لا يمكن للإدارة التنازل عنها، وذلك لأنها تشكل أهم مظهر للشرط الاستثنائي غير المألوف الذي يميز العقود الإدارية عن العقود المدنية<sup>(1)</sup>، وتكون هذه الرقابة إما بأعمال مادية كفحص الإدارة لبعض الوثائق أو إجراء تحريات أو تلقي شكاوى المتفاعلين والبت فيها، وإما بأعمال قانونية كأن تصدر الإدارة أوامر يلتزم بها المقاول على تنفيذ العقد مع احتفاظه بحق الطعن فيها، وهذا النوع من الرقابة يتضح في عقود الأشغال العامة<sup>(2)</sup>.

2. سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة: تتمتع الإدارة بسلطة تعديل أحكام العقد بصورة انفرادية، وهذا ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بناء على اتفاق المتفاعلين<sup>(3)</sup>.

ولقد اعترف تنظيم الصفقات العمومية بهذه السلطة للمصلحة المتعاقدة من خلال "الملحق" وذلك بموجب المواد من 102 إلى 106 منه وفي إطار أحكامه ، ويشكل هذا الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، وأن الخدمات موضوع الملحق يمكن أن تغط عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي دون أن يؤثر الملحق على توازن الصفقة بصورة أساسية ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف<sup>(4)</sup> ورغم أن تنظيم الصفقات العمومية سمح للمصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة بمقتضى الملحق إلا أنه قيد ذلك من خلال ما يلي:

- أن لا يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا.
- أن يبرم الملحق في جدول آجال التنفيذ التعاقدية.
- التزام الإدارة بضرورة عرض الملحق على هيئات الرقابة الخارجية للصفقات ماعدا في

(1) - عبدلي (سهام): مرجع سابق ص: 189.

(2) - عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإداري: مرجع سابق ص: 278.

(3) - تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

(4) - انظر المادتين 102 و 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الحالات الواردة في المادتين 105 و106 من تنظيم الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

إن منح المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل عقد الصفقة يجعل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في مجال القانون الخاص لا يمكن الاحتجاج بها كلما تعلق الأمر بصفقة عمومية وذلك بالنظر لكون هذا النوع من العقود يبني على فكرة استمرار المرفق العمومي فإن الإدارة وتحقيقاً لهذه الغاية يمكنها أن تدخل لتعديل حجم الأشغال إما بالزيادة أو النقصان بحسب الأحوال وكما استدعت حاجة المرفق إلى التعديل، ولكن إذا عمدت الإدارة إلى التعديل قبل بدء التنفيذ فإن ذلك يعد بمثابة صياغة جديدة للصفقة وهذا ما اتجهت إليه المحكمة الإدارية "بأكادير" بالقول أن «إجراء تعديلات على الصفقة قبل الشروع في تنفيذها يعتبر صياغة جديدة للصفقة في مواصفاتها وشروطها الفنية ويستلزم إعادة النظر في الالتزامات الناشئة عن الاتفاق الأصلي»<sup>(2)</sup>.

**3. سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات:** إن المبدأ المستقر فقها وقضاء هو أن للإدارة بإرادتها المنفردة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، وذلك بوسيلة القرار الإداري، ومبرر هذه السلطة هو ضمان حسن التنفيذ المتصل بسير المرافق العامة<sup>(3)</sup>. ولقد استقر هذا المبدأ قانوناً بموجب المادة 9 فقرة أولى من تنظيم الصفقات العمومية على أنه «يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...»<sup>(4)</sup>.

يفيد هذا النص أنه تقوم المسؤولية العقدية للمتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية أو تنفيذها غير المطابق وتأخذ هذه المسؤولية شكل جزاءات مالية أو غير مالية.  
**أ. الجزاءات المالية:** وهي عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة مطالبة المتعاقد بها عند إخلاله بالتزاماته وهي نوعان:

\* **الغرامة:** تعد غرامة التأخير أكثر الجزاءات المالية شيوعاً، والتي توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ العقد الإداري، وقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر بأن «غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً للتنفيذ في هذه العقود في المواعيد المتفق عليها،

(1) -راجع المادتين 105 و106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) -المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد: مرجع سابق.

(3) - محمد جعفر الهاشمي (رشا): الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها - دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص20.

(4) -المادة 9 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

وتعدّ صورة من صور التعويض الاتفاقي، إلا أنها تتميز عنه بافتراض وقوع الضرر بمجرد حدوث التأخير...»<sup>(1)</sup>.

ويستفاد من ذلك بأن الغرامة في العقود الإدارية هي ذات طبيعة نقدية، كجزاء عقدي وتعويض اتفاقي في آن واحد، تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد للعقد، وأن هذه الغرامة تفرض إذا حدث ضرر حقيقي للإدارة نتيجة خطأ المتعاقد، ولهذا قضت المادة 90 من تنظيم الصفقات العمومية على هذا الجزاء وكذا حالات الإعفاء منه قائلة: «تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو استئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة تعلق الأجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.

وفي كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير تحرير شهادة إدارية<sup>(2)</sup>.

\***الضمانات:** ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة العمومية فإنه يقع على عاتق المتعامل المتعاقد مجموعة من الضمانات المتمثلة في مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتوقى منها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره<sup>(2)</sup>، وفي إطار التكريس القانوني لهذه الضمانات اشترطت الفقرة 2 من المادة 92 من تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة تحديد هذه الضمانات وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها<sup>(3)</sup>.

ولقد تضمنت المواد من 93 إلى 96 ضمانات المصلحة المتعاقدة مع المتعاملين الأجانب

(1) - محمد جعفر الهاشمي(رشا): مرجع سابق، ص ص: 43، 44.

(2) - الهاشمي محمد جعفر(رشا): مرجع سابق ، ص 63.

(3) - المادة 92 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

والتي يغطيها بنك أجنبي مع الحرص على اختيار المتعامل الأجنبي الذي يقدم أفضل الضمانات المالية وتأخذ هذه الضمانات إحدى الصور التالية: كفالة حسن التنفيذ وكفالة رد التسيبقات<sup>(1)</sup>.

**ب. الجزاءات غير المالية:** تضمن تنظيم الصفقات العمومية صور أخرى للجزاءات ضد المتعامل المخل بالتزاماته وهي:

**\*الفسخ الجزائي:** وهو من أخطر الجزاءات المقررة في المسؤولية العقدية لأنه يهدد وجود العقد، لذا فإن المادة 112 قيدت حق المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى هذا الجزاء باتخاذ الإجراءات التالية:

\_ توجيه المصلحة المتعاقدة إعدار للمتعاقد المخل لالتزاماته ليفي بها في أجل محدد، ويحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في هذا الإعدار وكذا آجال نشره في شكل إعلان قانوني.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقرر فسخ الصفقة من جانب واحد، وهنا لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يعترض على الضمان أو المتابعات الرامية إلى إصلاح الأضرار التي لحقت المصلحة المتعاقدة.

\_ أن يكون الفسخ وفقا للأحكام التعاقدية<sup>(2)</sup>، وهذا يعني عدم الخروج عن أحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

**\*الفسخ الإتفاقي:** قد يكون الفسخ وسيلة لإنهاء الالتزامات التعاقدية بين كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها، وهو ما يعرف بالفسخ الإتفاقي ، والذي يجد أساسه القانوني في نص المادة 113 من تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها ما يلي: «زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض».

ففي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقية لتنفيذها وكذلك تطبيق مجموعة بنود الصفقة بصفة عامة<sup>(3)</sup>.

ويتم هذا الفسخ طبقا للشروط الواردة في العقد وهو أيضا تطبيقا للمادة 106 من القانون المدني، إن الفسخ الإتفاقي، نابغ من إرادة الأطراف المتعاقدة وأنها انسأقت إليه طوعا وإرادة فهو

(1)-راجع المواد من 93 إلى 96 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(2)-انظر المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3)-المادة 113 من المرسوم الرئاسي نفسه .



بمثابة العقد الجديد الذي يضع حدا أو نهاية لعقد قديم<sup>(1)</sup>.

ومهما يكن من أمر، فإنه إذا وقعت المصلحة المتعاقدة على المتعاقد معها جزاءات بالغة الجسام، دون قيامه بارتكاب خطأ، يوجب توقيع مثل هذه الجزاءات كفسخ العقد على مسؤوليته، أو استخدام سلطة الضبط الإداري، لإجباره على تنفيذ التزاماته، تمكن هذا الأخير أي المتعاقد من رفع دعوى أمام قاضي العقد، وهذا ما قرره فعلا مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، ومنها حكمه الصادر في 2 مارس 1951 في مدينة بوايسي "Poissy"، وحكمه الصادر في 16 مارس 1923 في قضية كلين جر "Gleanger"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الموضوع في عقد الصفقة العمومية:

يقصد بموضوع عقد الصفقة العمومية أن يتعلق بإدارة وتسيير مرفق عام، ويمكن أن يعرف هذا الأخير من زاويتين: الأولى تتعلق بالمعيار العضوي والذي يعتبر كل هيئة تقوم بأداء خدمة أو إشباع حاجة عامة تعد مرفقا عاما، أما الثانية فهو المعنى المادي له والذي ينصرف إلى كل نشاط يباشره شخص عمومي يقصد به إشباع حاجة عامة<sup>(3)</sup>.

وبالرجوع لقوانين الصفقات العمومية الجزائرية والصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ أنها لم تثبت على طريقة واحدة في وصف متى تكون من حيث موضوع العقد أمام صفقة عمومية.

وتعد الصفقات العمومية عقود إدارية محددة تشريعيا من حيث موضوعها، حيث تنص المادة الرابعة من تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة»<sup>(4)</sup>.

1. **صفقة الأشغال:** صفقة الأشغال هي اتفاق المصلحة المتعاقدة ومقاول، حيث تهدف إلى قيام هذا الأخير ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وإذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال فإن

(1)-بوضياف(عمار): الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص: 236.

(2)-محمد جعفر الهاشمي (رشا): مرجع سابق، ص: 265.

(3)-عبيد(ريم): مرجع سابق ص: 24.

(4)-المادة 4 من المرسوم الرئاسي 101-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الصفقة تكون صفقة أشغال<sup>(1)</sup>.

وتعتبر هذه الصفقة أهم العقود من حيث الاعتمادات المالية، فهي تنصب على عقار سواء بطبيعته أو بالتخصيص وتنصب على المنقولات ولو كانت مملوكة للإدارة، كما أن الغرض منها هو تحقيق النفع العام<sup>(2)</sup>.

**II. صفقة اللوازم:** هي اتفاق بين المصلحة المتعاقدة ومورد، حيث تهدف إلى إنشاء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى ذلك المورد، ومهما يكن فإذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن هذه الصفقة تكون صفقة لوازم.

ويمكن أن تشمل هذه الصفقة المتضمنة اقتناء اللوازم مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو محددة بضمان<sup>(3)</sup> وبالتالي فموضوع هذه الصفقة دائما هو أشياء منقولة ولا يمكن أن يكون محله العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص<sup>(4)</sup>.

**III. صفقة الدراسات:** هي اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد، تهدف إلى القيام بدراسات نضج واحتمالا لتنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/أو استغلالها.

وتشمل هذه الصفقة عند إبرام صفقة أشغال مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع<sup>(5)</sup>.

**IV. صفقة الخدمات:** هي اتفاق بين الإدارة العمومية والمتعاقد معها، يقدم بمقتضاه هذا الأخير خدمات للشخص المعنوي ويلتزم هذا الأخير بدفع المقابل، وتشمل صفقة الخدمات كل صفقة تختلف عن صفقة الأشغال واللوازم والدراسات<sup>(6)</sup>.

وتقوم صفقة الخدمات على المساهمة الاختيارية في مشروع ذي نفع عام، فقد يتقدم إلى الإدارة فرد من الأفراد كمالك يعرض المساهمة في نفقات إنشاء طريق يؤدي إلى أملاكه أو شخص من أشخاص القانون العام كغرفة تجارية تعرض الاشتراك في نفقات إنشاء محطة للسكك الحديدية

(1)- المادة 13 فقرة 2 و3 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(2)- حلمي (محمود): العقد الإداري، ط2: دار الفكر العربي، 1977، ص: 162، 163.

(3)- المادة 13 فقرة 4 و5 و6 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(4)- حلمي (محمود): مرجع سابق، ص: 173.

(5)- المادة 13 فقرة 7 و8 من المرسوم الرئاسي السابق.

(6)- المادة 13 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي نفسه.

وغيرها... (1).

لقد أضافت المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية "أو أكثر" وهي تشير إلى المادة 17 من نفس المرسوم التي تنص على عقد البرنامج والمادة 20 من نفس المرسوم التي تنص على صفقة الطلبات.

**V. صفقة البرنامج:** يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، و يمكن ان لا توافق السنة المالية، و يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا المرسوم

لا يمكن ان تتجاوز مدة عقد البرنامج خمس (5) سنوات .

تحدد الاتفاقية طبيعة الخدمات الواجب تاديتها وأهميتها، والموقع ومبلغ عقد البرنامج وبرنامجها.

يتم الالتزام القانوني بعقد البرنامج عن طريق تبليغ الصفقات التطبيقية للمتعاقل المتعاقل، في حدود الالتزام المحاسبي بها، مع مراعاة سنوية الميزانية، عند الاقتضاء.

يخضع عقد البرنامج عند ابرامه الى نفس اجراءات ابرام الصفقات. غير انه، بغض النظر عن احكام المادة 165 فقرة 2 من تنظيم الصفقات العمومية 10-236، تتم مراقبة توفر الاعتمادات عند الالتزام المحاسبي للصفقة حسب الشروط المحددة في الفقرة السابقة.

عندما تكون شروط تقنية و اقتصادية و/او مالية تتطلب تخطيط الحاجات او حسب برنامجها سبق اعدادها، فانه يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تمنح عقد البرنامج لعدة متعاملين اقتصاديين، تجري بينهم منافسة، و في هذه الحالة، يجب ان ينص دفتر الشروط على كيفية تطبيقها الحكم .

و يبرم عقد البرنامج مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، المؤهلة و المصنفة بصفة قانونية و يمكن ان يبرم هذا العقد ايضا مع المتعاملين الاجانب الذين تتوفر لديهم ضمانات تقنية ومالية(2).

## VI. صفقة الطلبات:

تشتمل صفقة الطلبات على انجاز الاشغال او اقتناء اللوازم او تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر.

(1) - الطماوي (سليمان): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق، ص: 139، 141.

(2) - المادة 17 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدلة بالمادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

تكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد ،ويمكن ان لا توافق السنة المالية .  
لا يمكن ان تتجاوز صفقة الطلبات خمس (5) سنوات.  
و يكون تجديد صفقة الطلبات بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة و يخضع للالتزام القبلي للنفقات لأخذه في الحسبان ، و يبلغ للمتعاقد المتعاقد.  
و يجب ان تبين صفقة الطلبات كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا و القصوى للاشغال ،اللوازم و /أو الخدمات التي هي موضوع الصفقة،و تحدد صفقة الطلبات اما السعر و اما الياته و اما كيفيات تحديده المطبق على عمليات التسليم المتعاقبة ، ويشرع في تنفيذ صفقة الطلبات الجزئية التي تحدد كيفيات التسليم .

عندما تتطلب الشروط الاقتصادية و/ او المالية ذلك يمكن منح صفقات الطلبات لعدة متعاملين اقتصاديين.وفي هذه الحالة، يجب ان ينص دفتر الشروط على كيفيات تطبيق هذا الحكم .  
يتم الالتزام القانوني بصفقة الطلبات ،في حدود الالتزام المحاسبي بها ،مع مراعاة سنوية الميزانية ،عند الاقتضاء ،و كذا احكام المادة 69 من القانون رقم 17/84 المؤرخ في 7 جويلية 1984 المتعلق بالمالية ، عن طريق تبليغ سندات الطلبات الى المتعامل المتعاقد.

بغض النظر عن احكام المادة 165 فقرة 2 من تنظيم الصفقات العمومية 10-236 ، فان مراقبة توفر الاعتمادات تتم عند الالتزام المحاسبي بالصفقة ، حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة .

تحدد حدود اختصاص لجان الصفقات استنادا الى الحدود القصوى لصفقة الطلبات .  
تلتزم الحدود الدنيا لصفقة الطلبات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد.و تلتزم الحدود القصوى المتعامل المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة<sup>(1)</sup>.

### **ثالثا:العتبة المالية الدنيا في عقد الصفقة العمومية:**

كما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ، ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل من الحالات وأيا كانت قيمة ومبلغ الصفقة بما ينطوي عليه إبرام الصفقة العمومية من مراحل طويلة لهذا حدد تنظيم الصفقات العمومية العتبة المالية الدنيا حتى

<sup>(1)</sup> -المادة 20 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

يعتبر العقد صفقة عمومية يخضع لقانون الصفقات العمومية<sup>(1)</sup> ولاختصاص القاضي الإداري بنظر منازعاته.

وفي هذا الإطار ميز تنظيم الصفقات العمومية بين عقود الأشغال وعقود اللوازم وبين عقود الخدمات والدراسات وذلك طبقاً للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 301-03 التي تعدل وتنتم أحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي:

«كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ستة ملايين دج (6000000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو التوريدات وأربعة ملايين دج (4000000 دج) لخدمات الدراسات والخدمات لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم تحسب المبالغ السالفة الذكر»<sup>(2)</sup>.

وأكد ذلك نص المادة 4 من المرسوم الرئاسي 338-08 التي تعدل أحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي 250-02.<sup>(3)</sup>

أما المادة 6 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 236-10 فقد نصت على أن «كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دج (8000000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال واللوازم وأربعة ملايين دج (4000000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوباً بإبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم»<sup>(4)</sup>.

إن تحرك تنظيم الصفقات العمومية ورفع الحد المالي الأدنى المطلوب لم يكن من فراغ بل هناك مؤثرات ودوافع اقتصادية أدت إلى ذلك مبعثها ارتفاع أسعار مواد البناء وتدهور قيمة الدينار وتغير نسبة التضخم وغيرها من الأسباب، أما عقود الخدمات وعقود الدراسات فقد ضبطها النص بحد واحد قدره 4 ملايين دج يمثل القاعدة العامة، ولقد كان تنظيم الصفقات العمومية في تعديل 2003 يمنح لوزير المالية سلطة تعيين المبالغ بصفة دورية وذلك بموجب قرار وفق معدل التضخم المسجل رسمياً، وفي ذلك مراعاة منه لحركية وتيرة الاقتصاد الوطني، لكن لا نخفي الإشكال القانوني الناجم عن ممارسة وزير المالية لهذه الرخصة، ونكون أمام قرار وزاري صادر عن وزير

(1)-بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 57.

(2)- المادة 2 من المرسوم الرئاسي 301-03 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3)- راجع المادة 4 من المرسوم الرئاسي 338-08 المعدل للمرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(4)- المادة 6 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 236-10 المعدل بالمرسوم الرئاسي 23-12 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المالية يعدل مرسوما رئاسيا أعلى منه درجة أو أكثر حجية، كما أن الأستاذ" بوضياف عمار" تابع في هذا الخصوص أعداد الجرائد الرسمية وسجل عدم استعمال وزير المالية لهذا الترخيص أو هذا الإجراء رغم اختلاف نسبة التضخم ما بعد 2003 .<sup>(1)</sup>

غير أنّ الفقرة 17 من المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 12-23 كرسست منح رخصة لوزير المالية بتعيين المبالغ إذ جاء فيها: «...تحسب المبالغ المذكورة أعلاه باحتساب كل الرسوم، ويمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا»<sup>(2)</sup>.

وما يجدر لفت الانتباه إليه هو أن وزارة المالية هي السلطة الوصية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة، وهي من تعلم قبل غيرها بنسب التضخم المسجلة رسميا، فكان من المعقول الاعتراف بوصايتها على مجال الصفقات العمومية، ولا غرابة في ذلك والأمر يتعلق بنفقات عمومية ستخرج من الخزينة العامة، فوزارة المالية هي من أعدت التقرير العام بخصوص مشروع تنظيم الصفقات العمومية ورفعته للأمانة العامة للحكومة، ويكفي الاستدلال بديباجة المرسوم الرئاسي 10-236 والتي جاء فيها:

«إن رئيس الجمهورية.

بناء على تقرير وزير المالية...».

من هنا يمكن أن نجيب عن الإشكال القانوني الذي طرحناه أعلاه بخصوص الاعتراف بوزير المالية بتعيين المبالغ، فمن ذلك هو أن إجراءات المرسوم الرئاسي أكثر ثقلا من القرار الوزاري، فعوض تغيير مادة واحدة من المرسوم الرئاسي بمرسوم رئاسي يماثلته تمس الأرقام والمبالغ وقد يستغرق الأمر إجراءات طويلة ووقت كبير، خاصة وأن وزير المالية لن يضع عتبة مالية جديدة، بل غاية ما في الأمر أنه قام بمعادلة الأرقام بين وضع قديم تضمنه المرسوم الرئاسي وبين وضع جديد فرضته نسب جديدة للتضخم والمسجلة لدى وزارة المالية<sup>(3)</sup>.

### **الفرع الثاني:**

#### **تقدير العناصر التي تجعل الصفقة العمومية عقدا اداريا:**

إنه لا يمكن الجزم باختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية إلا

<sup>(1)</sup>-بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 55 وما بعدها.

<sup>(2)</sup>- المادة 6 فقرة 17 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

<sup>(3)</sup>- بوضياف(عمار): مرجع سابق ص ص: 67-68.

إذا تم تقدير العناصر السابق عرضها وذلك كما يلي:

### أولاً: تقدير الشكل في عقد الصفقة العمومية:

I. **تقدير شرط الكتابة:** لقد تشدد القاضي الإداري الجزائري ممثلاً في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة في عقد الصفقة العمومية وذلك في قرار له صدر بتاريخ 2001/05/14 بين بلدية بوزريعة ومقاوله بالقول: «...من المقرر قانوناً وفقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية ويتعلق بالنظام العام...»<sup>(1)</sup>.

ويتبين لنا من خلال هذا القرار أن مجلس الدولة طبق نصوص قانون الصفقات العمومية تطبيقاً كاملاً ولم يحد عنها، فتتضمن الصفقات العمومية وصف الصفقة على أنها عقد مكتوب، وما كان على القضاء الإداري إلا أن يعترف بهذا العنصر المميز للعقود الإدارية كونها عقود مكتوبة، ولما تتطوي عليه كما رأينا من أهمية وخطورة في ذات الوقت وبالتالي فإننا ننتهي على ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره المنشور. إلا أن تنظيم الصفقات العمومية كما سبق وأن أوضحنا جعل استثناء على قاعدة الكتابة حسب ما أفادت به المادة 7 من تنظيم الصفقات وذلك في حالات معينة حصراً وهي وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، لكنه أكد على ضرورة إعداد صفقة تسوية خلال 3 أشهر من تاريخ بدء التنفيذ إذا فاق موضوع الصفقة 8 مليون دج لصفقات الأشغال واللوازم و4 مليون دج لصفقات الدراسات والخدمات وهذا يبرر أهمية وقيمة الكتابة لاعتبار العقد الإداري صفقة عمومية والعكس، خاصة وأن شرط الكتابة يدخل في مرونة النشاط الإداري.<sup>(2)</sup>

### II. تقدير الشرط غير المؤلف في عقد الصفقة العمومية: يعتبر القضاء الإداري بأن العقد

يكون إدارياً إذا خضع لنظام استثنائي غير مؤلف في القانون العام، إذ تخضع الصفقة العمومية لنظام قانوني غير مؤلف تتحدد فيه شروط التعاقد مسبقاً من قبل السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة ويقتصر دور الطرف المتعاقد على تحديد موقفه إما بأن يقبل بها جملة واحدة ويوقع فيصبح متعهداً، فإن تم ارساء الصفقة عليه أصبح متعاقداً ملتزماً أو أن يرفضها<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup>-قرار مجلس الدولة (غرفة 4) رقم 001519 مؤرخ في 2001/05/14 بين بلدية بوزريعة ومقاوله (غير منشور):

نقلاً عن بوضياف (عمار): مرجع سابق ص: 61.

<sup>(2)</sup>-بوضياف (عمار): المرجع نفسه، ص: 70.

<sup>(3)</sup>-محيو (أحمد): ترجمة: أنحق (فائز) وبيوض (خالد): مرجع سابق، ص: 383.

ولقد بينا فيما سبق أن الصفقات العمومية تخضع لنظام قانوني استثنائي وغير مألوف خاصة من حيث المبادئ التي تخضع لها وكذا إجراءات وطرق إبرامها سواء تلك الواردة في تنظيم الصفقات العمومية أو في دفاتر الشروط، وهو ما يؤكد صفة العقد الإداري في الصفقة العمومية، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1912/07/31 في قضية "شركة القرانيت" التي ونتيجة لتأخرها عن تنفيذ التزاماتها قامت بلدة "ليل" بتوقيع جزاءات عليها وعندما عرضت القضية على مجلس الدولة الفرنسي أقر أنه إذا تعلق الأمر بعقد فلا يجب البحث عن الغاية من إبرامه، بل تجب الإجابة على سؤال آخر هو: ما هو العقد بذات طبيعته؟ فإن كانت به بنود استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص كان العقد إدارياً<sup>(1)</sup>، ولقد سلك نفس المسلك في قراره الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 1930 الذي جاء فيه «...العقد الذي تعهدت بمقتضاه شركة معينة قبل الحكومة الفرنسية بتنفيذ طلب توريد طائرات لدولة أجنبية وفقاً للشروط والأوضاع المحددة في دفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسي ويعتبر عقداً إدارياً نظراً لما تضمنه من شروط استثنائية مستمدة من دفاتر الشروط»<sup>(2)</sup>.

ولقد أكد القضاء المصري ذلك في العديد من أحكامه من بينها حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1998/08/30 إذ جاء فيه ما يلي: «...فالعبارة بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة...»<sup>(3)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن النص على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقد يعد أيضاً من الشروط الاستثنائية الغير مألوفة ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد الإحالة إلى دفتر من دفاتر الشروط الإدارية ليس شرطاً استثنائياً إلا إذا كان ذلك الدفتر يشتمل على شرط استثنائي<sup>(4)</sup>.

وهناك من يرى انحطاط معيار البند غير المألوف على أساس أن هذا الأخير لا يجلب للعقد إلا عنصراً إضافياً من القانون العام، وأنه لا يمكن أن يكون العلامة الخاصة لوصف العقد بأنه إداري وذلك لأن نظام كل عقود الإدارة ومن بينها عقود القانون الخاص تحتوي دائماً على مواد مخالفة للقانون المشترك<sup>(5)</sup>.

(1) - بزاحي (سلوى): مرجع سابق، ص: 43.

(2) - Velley(S) : Droit administratif, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 2003, P : 85.

(3) - بزاحي (سلوى): مرجع سابق ص: 44.

(4) - بعلي (محمد الصغير): مرجع سابق ص: 20.

(5) - عليوات (ياقوتة): مرجع سابق ص: 41.



لكن في الحقيقة الحكمة من استفادة وتمتع جهة الإدارة بامتيازات القانون العام في مجال العقود الإدارية يعود بالأساس إلى اختلاف مكانة الأطراف بين العقد الإداري والعقد المدني، ففي القانون المدني الأصل أن يتم التعاقد بين طرفين متساويين يهدف كل منهما إلى تحقيق مصلحة شخصية، في حين أنه وفي مجال القانون الإداري يتم التعاقد بين مصلحتين غير متساويتين: إدارة بوصفها سلطة عامة تهدف بتعاقدتها إلى تحقيق نفع عام ومتعاقد معها من الأفراد يستهدف بهذا التعاقد تحقيق نفع خاص.

ولما اختلف العقد الإداري من حيث الهدف من إبرامه عن العقد المدني، وجب أن تحكمه قواعد تتميز عن هذا الأخير، بما يضمن لجهة الإدارة تحقيق هدفها من خلال الدخول في العلاقة العقدية، والشروط الاستثنائية أو غير المألوفة قد يتضمنها العقد نفسه فتحتويها بنود العقد وعندئذ تصبح شريعة المتعاقدين كبنود العقد المدني أو يتضمنها دفتر الشروط وقد ينص عليها القانون أو التنظيم كما هو الحال بالنسبة لقانون الصفقات العمومية الجزائري<sup>(1)</sup>.

وهذا ما أقر به جانب من الفقهاء الجزائريين، بأن كل صفقة عمومية هي عقد إداري، لاحتوائها على بنود غير مألوفة في القانون العام، ولقد جاء في رد الأستاذ "بوالشعير السعيد" على الذين شككوا في الطبيعة الإدارية لصفقات المتعامل العمومي، الذي أخضع لأحكامه أشخاص من القانون الخاص، قائلاً: «أن هذه الافتراضات لا أساس لها طالما أن النظام الجديد أبقى على تلك الشروط غير المألوفة... مما يؤكد على الطبيعة الإدارية للعقد»<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تقدير الموضوع في عقد الصفقة العمومية:

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرف بالعقد ليتصف بالصيغة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام سواء من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره<sup>(3)</sup>.

لقد أكد تنظيم الصفقات العمومية على تأسيس الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية من خلال اتصالها بمرفق عام وذلك بموجب المادة 4 والمادة 13 منه السابق ذكرهما، لأن الغاية من إبرام الصفقات العمومية هي خدمة المرافق العامة باقتناء المواد والخدمات والدراسات أو إنشاء مرافق عامة عن طريق صفقات الأشغال العمومية، وذلك يؤكد أن عقد الصفقة العمومية يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عكس العقد المدني خاصة وأن المؤسسات العمومية يتصل نشاطها بخدمة

(1)- عوابدي (عمار): القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، 2005، ص: 544.

(2)- قرار مجلس الدولة (غرفة 4) رقم 001519 مؤرخ في 14/05/2001 بين بلدية بوزريعة ومقاوله (غير منشور):

نقلا عن بوضياف (عمار): مرجع سابق ص: 61.

(3)- Waline (M) :Précis de Droit Administratif : 1962 p: 392.

مرفق عام<sup>(1)</sup> حسب ما أفادت به المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

ليس هذا فحسب، بل إن القضاء الإداري الجزائري أكد اختصاصه لوحده، كلما تعلّق الأمر بالنظر في منازعة تتعلق بتنفيذ صفقة عمومية، وبغض النظر عن أطرافها والمثال على ذلك هو:

-قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 8 ماي 2000 قضية بلدية الرايس حميدو، ضد (ص.ج)، والذي جاء فيه «حيث أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للاختصاص المانع للجهة القضائية الإدارية على أساس: ... أن موضوع النزاع يخص تنفيذ صفقة عمومية وفقا لمقتضيات المرسوم رقم 434/91...»<sup>(2)</sup>، ولقد كرس مجلس الدولة نفس الاتجاه في تاريخ سابق في قرار جاء فيه. «... حيث أن المسألة تتعلق بنزاع حول صفقة عمومية وبهذا، فإنّه وطبقا للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 25/02/1984، فإنّ القضاء الإداري هو وحده المختص»<sup>(3)</sup>.

والملاحظ ان مجلس الدولة بقي على نفس موقفه السابق بمناسبة نظره في القضية المستأنفة أمامه بين ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت التي صدر بشأنها القرار الذي جاء في الصفحة 4 منه: «... حيث بعد الإطلاع على الملف وعلى ردّ المستأنف عليه يتضح أنّ الصفقة محل النزاع ... وعليه فإن القانون المرجعي هو قانون الصفقات العمومية، وبالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري»<sup>(4)</sup>.

ولقد أكد القانون المصري رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد على أساس أنها أهم العقود الإدارية.

ولقد احتالت محكمة القضاء الإداري لتوسيع اختصاصها في مجال العقود الإدارية فمدت اختصاصها إلى عقود لم ترد في النص استنادا إلى اتصالها بعقد من العقود الثلاثة المنصوص عليها ومن هذا القبيل حكمها الصادر في 26 ديسمبر 1951 والذي جاء فيه: «طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية اختصاصا مطلقا وشاملا لكل

(1)-بوضياف(عمار :مرجع سابق ص: 68←70..

(2)-قرار محكمة التنازع: لقضية بلدية الرايس حميدو، مرجع سابق.

(3)-قرار مجلس الدولة (الغرفة الثانية) رقم 893-122 المؤرخ في 23/11/1998. نقلا عن: حمدي باشا (عمر):

مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص22.

(4)-قرار مجلس الدولة رقم 000332 المؤرخ في 14 ماي 2001، قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهران

ضد مؤسسة الأشغال بعين تيموشنت: نقلا عن: بن ناجي شريف (مرجع سابق)، ص25.

المنازعات وما يتفرع عنها...ومن ثمة يكون الدفع بعدم الاختصاص في غير محله متعينا رفضه»<sup>(1)</sup>.

وبعد ذلك صدر القانون المصري رقم 165 لسنة 1955 وجاء في المادة 10 منه ما يلي: «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر»، وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا الاختصاص الجديد للقضاء الإداري وحده على أساس أنه الجهة الطبيعية باعتبار أن تلك الروابط من مجالات القانون الإداري أو القانون العام وأنه لا شك في سلامة هذه الاعتبارات<sup>(2)</sup>.

وهذا هو نفس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 20 أبريل 1956 "EPOUSE BERTIN"<sup>(3)</sup> وكذا في حكم محكمة التنازع المؤرخ في 8 جويلية 1963 والسابق الإشارة إليه "PEYROT" الذي جاء فيه: «عقد الأشغال العامة...يعد عقدا إداريا...».

وأكد ذلك القضاء المغربي أيضا، إذ رأى بأن مجرد تنصيب الفصل الثاني من مرسوم 30/12/1998 المتعلق بالصفقات العمومية على استبعاد العقود التي تبرمها أي إدارة طبقا لشكليات القانون العادي من نطاق تطبيقه، يعني أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد عبر سندات الطلب من أجل اقتناء توريدات أو إنجاز أشغال تعد وبامتياز من مواضيع الصفقات العمومية لا يخرج النزاع من اختصاص القضاء الإداري، وفي هذا الصدد اتجهت الغرفة الإدارية إلى: «أنه ورغم إبرام الأشغال...في الشكل والإطار الذي حدده مرسوم 30/12/1998، فإن ذلك لا ينزع عنه صبغة العقد الإداري والنزاع بشأنه ينعقد للقضاء الإداري»<sup>(4)</sup>.

كما ذهبت المحكمة الإدارية بتونس إلى اعتبار عقد الأشغال العامة من قبيل العقود الإدارية وإن خلا من شروط استثنائية وغير مألوفة مشار إليها في العقد بقولها: «...وحيث استقر فقها وقضاء أن هذا النوع من العقود الإدارية الصرفة ولو لم تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص»<sup>(5)</sup>.

### ثالثا: تقدير العتبة المالية الدنيا في عقد الصفقات العمومية:

لقد طبق القضاء الإداري الجزائري ممثلا في مجلس الدولة شرط الحد الأدنى المطلوب

(1) - الطماوي(سليمان): قواعد الاختصاص في مجال منازعات العقود الإدارية: مرجع سابق، ص: 208، 209.

(2) - الطماوي (سليمان): مرجع سابق: ص ص 210، 211.

(3) - Bergeal(Catherine) Lenica(Frederic) OP cit, P:11.

(4) - المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مرجع سابق.

(5) - قرار المحكمة الإدارية بتونس بتاريخ 1988/12/29 قضية(ع.ن.د" في حق وزارة الفلاحة ضد عثمان الشامخ)

نقلا عن بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 70.

لإبرام صفقة عمومية، وهذا من خلال المنازعات المعروضة عليه، ففي قرار له صدر بتاريخ 2001/07/30 بين بلدية مولاي العربي ومقاوله، ذهب مجلس الدولة إلى القول بأن: «شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 3 ملايين دج اتفاق على تقديم أشغال لصالح البلدية نهاية الأشغال وتسليمها، وتقويم الأشغال بـ: 1.214.800 دج اعتبارا للبلدية بالدين \_ شرط الصفقة \_ ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 3.000.000 دج.

وعليه قرر المجلس إلزام بلدية مولاي العربي بدفع مبلغ 1.214.800 دج كمبلغ أصلي و 100.000 دج تعويض<sup>(1)</sup>.

وفي قرار منشور بتاريخ 2001/10/8 ذهب مجلس الدولة إلى القول: «من المقرر قانونا أن الاتفاق على الأشغال والذي تبرمه الإدارة ولا يفوق قيمته (3.000.000 دج) ثلاثة ملايين دج لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99 و 100 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتعلق بالصفقات العمومية»<sup>(2)</sup>.

وفي قرار لنفس المجلس غير منشور صادر بتاريخ 2001/10/30 أكد المجلس على هذا الشرط بقوله: «من المقرر قانونا أن الأشغال التي تقل قيمتها عن 3 ملايين دج ليس من الضروري فيها شرط عقد الصفقة، وعلى عرض القضية على اللجنة الاستشارية، والثابت في قضية الحال أن الدين ثابت باعتراف المستأنف عليها ولا نزاع فيه وأن قيمته تقل عما استوجبه القانون في عقد الصفقة وبالتالي لا مجال للحديث عن عقد الصفقة»<sup>(3)</sup>.

وفي قرار له مؤرخ في 2003/12/16 ذهب مجلس الدولة إلى القول: «أن المبلغ المحدد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليه عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99-178، المرسوم التنفيذي 96-84 و المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 7 مارس 1998 وأن هذا المرسوم الأخير قد حدد الحد الأدنى للمبلغ (4000.000 دج) أربعة ملايين دج ومتى ثبت في قضية الحال أن إبرام اتفاقية انجاز الأشغال بين طرف النزاع كان بتاريخ 16/05/1998 وبقيمة 384716598 دج أي أقل من 4000.000 دج في هذه الحالة فإن طرفي النزاع لم يكون

(1)-قرار مجلس الدولة رقم 003955(الغرفة الرابعة) فهرس رقم 07، 17 المؤرخ في 2001/07/30 بين بلدية مولاي العربي ومقاوله... (غير منشور) نقلا عن بوضياف(عمار) مرجع سابق ص: 73 هامش: 29.

(2)-قرار مجلس الدولة رقم 004966 الغرفة الرابعة: مؤرخ في 2001/10/8 بين مدير الصحة والسكان لولاية وهران ومقاوله... نقلا عن بوضياف(عمار) مرجع سابق ص: 73 هامش: 28.

(3)-بوضياف(عمار): مرجع سابق ص: 66.

ملزمين بإبرام عقد الصفقة العمومية»<sup>(1)</sup>.

وبذلك يكون القضاء الجزائري قد طبق حرفيا الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية والمبين تشريعيًا بين مرحلة وأخرى لكن دون أن يبين أثر هذا الحد المطلوب لاعتبار الصفقة عقدا إداريا يخضع في منازعاته للقضاء الإداري.

أما في النظام المغربي فإن هذا الأسلوب من التعاقد طرح إشكالات قانونية حول الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في النزاع الناشئ بين الإدارة والمقاول أي التعاقد عبر سندات الطلب، وهكذا فقد اتجهت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في إحدى قراراتها إلى أنه: «...بما أن العقد لا تتوفر فيه مقومات الصفقة العمومية، وبما أن قيمة المعاملة قد حددت مبدئيا في 75، 481، 90 درهم، وبما أنه رخص للإدارات والجماعات الحق في إبرام تعاقدات في إطار القانون الخاص وعن طريق سندات الطلب، فإنه رغم الهدف المتوخى من وراء التعاقد المتمثل في المصلحة العامة، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء العادي وليس لجهة القضاء الإداري...»، إلا أن هناك اتجاه آخر للقضاء الإداري المغربي بحيث اتجهت الغرفة الإدارية إلى أنه: «ورغم عدم إبرام الأشغال التي تعد قيمته 100.000.00 درهم في الشكل والإطار الذي حدده مرسوم 30/12/1998، فإن ذلك لا ينزع عنه صبغة العقد الإداري إذ يكفي الاعتماد على مقتضيات المرسوم لاعتبار موضوع الطلب عقدا إداريا والنزاع بشأنه ينعقد للقضاء الإداري».

وتعتقد الأستاذة "المساوي رشيدة" أن هذا الرأي الأخير حري بالتأييد على أساس أن التعامل مع الإدارة هو من الخطورة بمكان، لهذا السبب أوجد القانون المحاكم الإدارية التي تراقب سلطة الإدارة في مختلف تصرفاتها، وأن منح الإدارة لإمكانية إبرام صفقات دون اللجوء إلى المسطرة المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية كان له ما يبرره، إذ أن استمرارية المرفق والسرعة تقتضي تجاوز المساطر، إلا أن هذا لا ينبغي أن يتم على حساب المتعاقد الذي قد لا يسعفه القضاء العادي في الكثير من الأحيان في الحصول على حقوقه خاصة خلال مرحلة التنفيذ، على خلاف القضاء الإداري الذي حدد قراراته واجتهاداته من اللامبالاة التي اتخذتها الإدارة لسنوات عدة اتجاه أحكام القضاء<sup>(2)</sup>.

كما ان القضاء الاداري بالجزائر قد قبل استعمال المعيار المادي لعقد اختصاصه في دعوى الغاء،و ذلك بمناسبة صدور قرار المحكمة العليا بتاريخ 8 مارس 1980 في قضية شركة

(1)-قرار مجلس الدولة رقم 011306 الغرفة الأولى مؤرخ في 2003/12/16 بين بلدية المحمدية وشركة

SCOAL: (غير منشور) انظر ملحق رقم 3، ص 32 منه .

(2)-المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مرجع سابق.

« SEMPAC » ضد « OAIC » ، و هي قضية وحيدة من نوعها فيها كل التعبير عن مكانة و إمكانية استعمال المعيار المادي لتحديد الطبيعة الإدارية لقرارات صادرة عن اشخاص قانونية خاصة<sup>(1)</sup>.

وفي خلاصة القول فإنه إلى جانب المعيار العضوي، فإن كل من شكل الصفقة العمومية، وتنفيذ موضوعها وحدها المالي الأدنى تشكل معيارا ماديا محددًا، لهذه الأخيرة أيضا، ويشكل كل من هذين المعيارين مقومات العقد الإداري، وذلك بقوة القانون إلا أن النصوص القانونية والاجتهادات القضائية بالجزائر جعلت المعيار العضوي أساسا للاختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية، إذ أنه قد تم استعماله بأسلوب ضيق في نص المادة 800 ق.إ.م.إ التي حصرت في الأشخاص المعنوية العامة، كما تم استعماله بأسلوب واسع في نص المادة من تنظيم الصفقات العمومية، والتي أعلنت امتداد تنظيم الصفقات العمومية ليشمل جملة من المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية، كما أدخلت على المعيار العضوي معيار الأموال العامة ومعيار العمل لحساب الدولة، و رفضت إخضاع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لتنظيم الصفقات العمومية، وذلك في الحقيقة بحول دون ان تتوزع منازعة من طبيعة واحدة على قضائين مختلفين تقاديا لقيام تنازع اختصاص بينهما بنظر المنازعة.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية جعل العقد الإداري صفقة عمومية مركبة من عدة عناصر اعتمده لا بد من توافرها مجتمعة، لكن دون أن يجعل من هذه العناصر أساسا لاختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاتها، أما الاجتهاد القضائي فإنه هو الآخر اعتمده كمعيار محدد للصفقة العمومية، وفي نفس الوقت و بصفة نسبية جعله أساسا لاختصاصه بنظر منازعاتها.

ومن خلال ما سبق ، فإننا تدعو إلى التعجيل بتعديل مضمون نص المادة 800 من ق.إ.م.إ بما يتماشى وتنظيم الصفقات العمومية، وذلك إما بتكريس المعيار المادي كأساس لاختصاص القاضي الإداري، أو بما يلائم التصنيف الجديد لكل أنواع المؤسسات.

(1)-محيو (أحمد): مرجع سابق، ص 163.

## المبحث الثاني

### نطاق اختصاص القضاء الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وهذا الاختصاص يتحدد برفع دعاوى معينة (المطلب الأول) وتسير هذه الأخيرة وفق إجراءات مقررة قانوناً (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول:

#### تحديد الدعاوى المرفوعة امام القضاء الإداري بنظرها لتسوية منازعات

#### الصفقات العمومية:

يفصل القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية من خلال رفع دعوى إلغاء أمامه وذلك على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة<sup>(1)</sup> (الفرع الأول)، غير أنه إذا كان محل المنازعة عقد الصفقة العمومية، سواء تعلق بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضائه فإن هذه المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل (الفرع الثاني) لأن الصفقات العمومية هي المجال الأصيل لهذه الدعوى.

#### الفرع الأول:

#### اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى الإلغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

إن القضاء الفرنسي لم يأخذ بإقصاء قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية، بل أقر إمكانية إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة، والتي تمثل أساس الطعن بالإلغاء في هذه المنازعات (أولاً) شرط أن تكون معيبة بأحد عيوب عدم المشروعية، وهذه الأخيرة تمثل أوجه الطعن بالإلغاء في هذه القرارات المنفصلة (ثانياً).

#### أولاً: أساس الطعن بالإلغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية

يطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية في وجود قرار إداري منفصل عن عقد الصفقة العمومية، لكن ما هو المقصود به؟ وما هو مجال الطعن فيه بالإلغاء؟

1. وجود القرار الإداري المنفصل: يسهم القرار الإداري المنفصل في تكوين العقد الإداري، ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن فيه

(1) - أنظر ملحق رقم 1 (نماذج عن قرارات إدارية منفصلة).

بالإلغاء جائزا، و ان تحديده يكون وفق معيارين أولهما شخصي وثانيهما موضوعي:

**1. تحديد القرار الإداري المنفصل وفقا للمعيار الشخصي:** يقصد بالمعيار الشخصي أو الذاتي ذلك المعيار الذي يتأسس عليه المركز القانوني الشخصي والصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة أمام الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الإلغاء في النظام القضائي للدولة<sup>(1)</sup>.

ويتألف المعيار الشخصي الذاتي في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال من عدة عناصر كعنصر صفة ومركز الغير من العملية الإدارية المركبة، إذ أنه ورغم أن الغير طرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة، إلا أنه يمكنه الطعن في مجموعة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العملية، وكذا عنصر عدم إمكانية الدفاع عن العملية الإدارية المنفصلة الغير مشروعة، حيث أنه نظرا لشخص صفة الغير كطرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة فإنه لا يمكنه الطعن ضد هذه الرابطة لأنه لا يمتلك الصفة القانونية لذلك، لذا فليس أمامه إلا سلوك الطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص، وكذلك نجد أن عنصر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة أمام القضاء المختص أصح وأفيد لرافعه من اللجوء إلى القضاء الكامل فإن كان يكفي في دعوى الإلغاء أن يكون لرافع الدعوى مصلحة لا ترتقي إلى مرتبة الحق، فإن الأمر يختلف بالنسبة لقبول الدعوى أمام القضاء الكامل حيث يشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة أو حتى مهددا بالاعتداء عليه من قبلها.

ولقد طبق قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة وقبول الطعن بالإلغاء ضدها، حيث أقر في قضية "MARTIN" بتاريخ 1905/08/04 وقبل الطعن بالإلغاء ضد مداوات المجلس العام لـ (LOIR ET CHER) غير المشروعة وذلك لأنها مشوبة بعيب مخالفة الشكليات والإجراءات.

ويتعلق الأمر في هذه القضية بعقد امتياز وتسيير مرفق المواصلات بين مدير مقاطعة (LOIR ET CHER) وصاحب الامتياز، حيث أن مدير المقاطعة أغفل إجراء جوهريا ألا وهو إخطار أعضاء المجلس موضوع المداولة قبل 8 أيام من انعقادها. وعلى هذا الأساس أسس السيد "MARTIN" العضو المستشار العام بالمجلس طعنه ضد مداوات المجلس العام لمقاطعة ( LOIR ET CHER) بعدم مشروعيتها: فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله على أساس صفة وشخص السيد "MARTIN" الذي يعد طرفا أجنبيا عن العقد ليقضي في الأخير بأن

(1)-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص: 338.



المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز وفقا للمعيار الشخصي<sup>(1)</sup>

2. **تحديد القرار الإداري المنفصل وفقا للمعيار الموضوعي:** يعرف المعيار الموضوعي

القرار الإداري المنفصل وفقا لعدة عناصر موضوعية تتعلق بالقرار الإداري ذاته وبالقضاء المختص بالفصل في المنازعة.

ومن أمثلة العناصر المادية والموضوعية التي يتألف منها المعيار في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال ماديا وموضوعيا ما يلي:

أ- عنصر مدى جوهرية وفاعلية القرارات الإدارية في تكوين العملية الإدارية المركبة: فإن كان القرار الإداري جوهريا وفعالاً وشديد الارتباط بالعملية الإدارية المركبة ضريبية كانت أو انتخابية أو عقدية فإنه يصبح جزءاً لا يتجزأ عنها ، وبالتالي فإنه يكون قابلاً للانفصال عنها مما ينفي إمكانية الطعن بالإلغاء ضدها، أما إذا كان القرار الإداري غير جوهرى أو فعال في العملية الإدارية المركبة، بحيث يكون جزء غير جوهرى بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه بالإلغاء على العملية الإدارية الأصلية، فإنه يشكل قراراً إدارياً منفصلاً يقبل الطعن بالإلغاء أمام قاضي العقد، وقد أخذ القضاء الإداري بهذا العنصر لتكييف القرار كقرار إداري منفصل فاعتبر القرارات التمهيدية والسابقة على إبرام العقود الإدارية كقرارات وضع شروط المناقصات والمزايدات العامة والإعلان عنها وقرارات إرسال المناقصات والمزايدات العامة قرارات إدارية منفصلة لأنها تدخل بصورة جوهرية في عملية تكوين وإبرام عقود الإدارة.

ب- عنصر مدى ملاءمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرافعها: فمتى كانت هذه الدعوى أكثر فاعلية لرافعها من اللجوء إلى القضاء الكامل من حيث النتائج المترتبة عنها قانوناً وكذا من حيث سير وسهولة إجراءات رفعها كانت للطاعن إمكانية رفعها ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

ج- كما يعتبر القضاء عنصر مدى عمومية أو فردية القرارات الإدارية المركبة عنصراً موضوعياً يمكن بواسطته تحديد القرار الإداري المنفصل، فمتى تبين للقاضي أن القرار الإداري قرار عام يتعلق بمراكز قانونية عامة بهدف إحداث أثر قانوني بذاته، اعتبر القرار قابلاً للانفصال عن العملية الإدارية وقبل الطعن بالإلغاء ضده<sup>(2)</sup>.

د- أخذ القضاء الإداري أيضاً بمعيار اختصاص قاضي الإلغاء لمعرفة القرار الإداري

(1) - عوادي(عمار): النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري: ج2: د.م.ج: الجزائر 1998

ص ص: 242، 243.

(2) - المرجع نفسه، ص: 448.

المنفصل<sup>(1)</sup> وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن القرار الإداري يكون منفصلا إذا ما رأى توافر عنصر أو عناصر مادية موضوعية أو شخصية فيه، ويخضع تقدير ذلك للقاضي الإداري فقط.

ولقد طبق القضاء الإداري الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة حيث اعتبر القرارات الإدارية المركبة السابقة على عملية إبرام العقود الإدارية قرارات إدارية منفصلة ومن أمثلتها: القرارات الإدارية المتعلقة بالترخيص للسلطات الإدارية بالتعاقد، وقرار إعلان المناقصات والمزايدات العامة وفقا للمعيار الموضوعي.

كما عد مجلس الدولة الفرنسي القرارات المتعلقة بمنح التراخيص والاختصاص للسلطات الإدارية بالتعاقد باسم ولحساب الإدارة قرارات إدارية منفصلة في قضية "CAMUS" بتاريخ 1906/06/04 وكذا قضية "BOURGADE" بتاريخ 1948/07/09.

أما قرار رفض الإدارة للتعاقد فقد كلفه مجلس الدولة الفرنسي كقرار إداري منفصل في حكمه الصادر بتاريخ 1931/05/06 في قضية "TONDUT" كما قبل دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار قبول الإدارة العامة لعرض متسابقة في مناقصة عامة قرارا إداريا منفصلا في قضية الشركة الصناعية للبناء والأشغال وذلك بتاريخ 20 ماي 1973، زيادة على قبوله إلغاء مداوات المجالس الشعبية البلدية المتعلقة بالتمهيد لإبرام عقود مختلفة في العديد من القضايا.

كما أخذ القضاء المصري بنفس الاتجاه حيث قضى مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ 1997/11/25 بما يلي: «وحيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تعاقدي، بحيث تختص به المحكمة المدنية والآخر إداري يجب أن تشير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر، لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر على جميع خصائص القرارات الإدارية التي تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده، فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة القوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساسا بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة في المنازعة المتعلقة به»<sup>(2)</sup>.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصرفي حكمها الصادر في 1985/04/5 والذي جاء فيه «يجب التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات ما تم بقرار من

(1)- راجع في هذا الصدد: جمال عباس (عثمان): النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية المكتب

العربي، الإسكندرية، 2006 ص: 105 وما بعدها.

(2)- عو ابدي(عمار): مرجع سابق ص: 452.

السلطة الإدارية المختصة ومثل هذه القرارات يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا<sup>(1)</sup>. أما النظام القضائي الجزائري فقد عرف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة السابقة بجميع تطبيقاتها التي وضع أساسها القضاء الإداري الفرنسي سواء في مجال نزع الملكية للمصلحة العامة والمنازعات الانتخابية التشريعية وكذا في مجال العملية العقدية، لكن ما يهمننا في دراستنا هذه هو القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية.

ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري اعتباره لقرار إرساء المناقصة قرارا إداريا منفصلا، أما قرارات ضمان حسن التنفيذ أي الصادرة أثناء تنفيذ الصفقة فقد عرفها مجلس الدولة بأنها قرارات إدارية متصلة ومرتبطة بها لذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء ضدها وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها في حكمها الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة "SKEHETZEL" وذلك تأسيسا على المعيارين الموضوعي والشخصي.

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/29 في قضية شركة المعادن "السيدى معروف" باعتبار قرار سحب عقد الامتياز من شركة المعادن قرارا منفصلا باعتباره إجراء تنفيذيا للعقد، أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز فقد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا منفصلا وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1969/04/18 في قضية اتحاد النقل والشركة<sup>(2)</sup>.

**II. مجال الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل:** يشمل مجال الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية القرارات الممهدة لإبرام الصفقة وكذا القرار الصادر بإبرامها.

**1. الطعن بالإلغاء ضد القرارات الممهدة لإبرام الصفقة:** تصدر الجهة الإدارية مجموعة من القرارات أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وتسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة المستقلة<sup>(3)</sup>، ومن هذا القبيل نجد:

أ- **قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:** يعد الإعلان عن المناقصة شرطا جوهريا وضعه تنظيم الصفقات العمومية وذلك حتى يصل أمر الصفقة العمومية إلى علم كل من تتوفر فيه الشروط

(1)- الطماوي(سليمان): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق ص:185.

(2)- يزاحي(سلوى): مرجع سابق ص: 103.

(3)- خليفة(عبد العزيز): ركن الخطأ في المنازعات الإدارية مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية: دار

الكتاب الحديث: 2008 ص:218.

اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة ومبدأ حرية المنافسة ومبدأ حماية الإنتاج الوطني<sup>(1)</sup>.

ومن خلال إصدار قرار الإعلان عن الصفقة العمومية، فإن جهة الإدارة ستقيد بمراعاتها للمبادئ الأساسية للتعاقد، والمتمثلة في: مبدأ العلانية والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ حرية المنافسة والاستعمال الحسن للمال العام، وكذا المساواة بين المتنافسين، وهو ما أشارت إليه المادة 3 من تنظيم الصفقات العمومية السابق الإشارة إليها، وكذا المادة 9 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ولهذا ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المعاهدة أن تضمن إعلان الصفقة بيانات إلزامية بمقتضى المادة 46 منه والتي جاء فيها: «يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل والانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجعة المناقصات.
- ضمن الوثائق عند الاقتضاء»<sup>(2)</sup>.

وأكدت الفقرة الأولى من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية على إجبارية نشر إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني مع ضرورة أن يكون محرراً باللغة العربية إضافة إلى لغة أجنبية واحدة على الأقل، وأضافت الفقرة التالية من نفس المادة خصوصيات متعلقة بإعلان

(1)- للمزيد من التفاصيل راجع: عبيد(ريم) مرجع سابق ص:37 وما بعدها.

(2)- المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

مناقصات البلديات والولايات والمؤسسات العمومية الإدارية<sup>(1)</sup>.

وما يمكن معاتبة تنظيم الصفقات العمومية عليه هو أنه تكلم عن إعلان المناقصة فقط وكان الصفقة العمومية تنحصر في هذا الإجراء فقط.

ومع ذلك يبقى قرار إعلان الصفقة العمومية دعوة للتعاقد وأنه متى توافرت فيه خصائص القرار الإداري فإنه يعد قرارا إداريا منفصلا غير أنه يمكن الإشارة أننا لم نجد أي تبرير للطعن فيه بالإلغاء<sup>(2)</sup> ومع ذلك يبقى عرضة للطعن بالإلغاء لأنه إجراء شكلي في أغلب الأحيان والدليل على ذلك هو المدة القصيرة بين الإعلان عنه والبدء في التنفيذ خاصة إذا كانت الصفقة دولية، فالطرف الأجنبي يتأثر بذلك إذا لا يستفيد من نفس الحظ الممنوح للطرف الوطني.

ب- **قرار المنح المؤقت:** استحداث المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إجراء جديد وهو المنح المؤقت وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور المعنيين وغير المعنيين نتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية<sup>(3)</sup>.

يخضع هذا القرار لمبدأ أساسي وهو المنح المؤقت لصاحب أفضل عطاء، فتنظيم الصفقات العمومية أوكل السلطة في اختيار المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة وذلك وفقا لمعايير محددة في دفتر الشروط ، وهذا يضيف على الصفقة طابع الآلية وأن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس على جملة من الضمانات والشروط والمعايير وغيرها<sup>(4)</sup>.

ويشترط أن يدرج قرار المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة وان لا تبلغ فيه إلا نتائج تقييم العروض التقنية المالية لمنح الصفقة مؤقتا.<sup>(5)</sup>

وعلى الرغم من ذلك فإنه لم يرد نص صريح يحدد طبيعة قرار المنح المؤقت، غير أن القضاء الإداري يعتبره قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري، ولذلك يجوز لذوي الشأن الطعن فيه استقلالا في حال وجود وجه من أوجه عدم

(1)- انظر المادة 49 فقرة 1 و 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)- المتولي (مجدي) التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديد الصادر بالقانون 19 لسنة 1971- دار الفكر القانون مصر 2000 ص:25.

(3)- بوضياف (عمار): مرجع سابق ص: 218.

(4)- انظر المواد 53 و 56 من المرسوم الرئاسي السابق .

(5)- المادتين 49 فقرة 2 و 125 فقرة 13 و 14 من المرسوم الرئاسي نفسه.

المشروعية، والمثال على ذلك هو ما قرره المحكمة الإدارية "CHALON SUR MARNE" بخصوص بطلان صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 6 أكتوبر 1993 بين SED AU "RIVOMAT" AVEC LE CABINET "OTH-EST" لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض لذا فلا يجوز التفاوض مع المتعهدين أثناء دراسة العروض وإلا عد قرار المنح معيباً<sup>(1)</sup>.

ج- قرار الاستبعاد: لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد مطلقاً غير أنه يمكن استخلاصه من نص المادة 125 فقرة 4 و 6 و 8 من تنظيم الصفقات والتي جاء فيها: «...تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط...»

وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط...

غير أنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت...»<sup>(2)</sup>.

فمصطلح إقصاء العروض يعني استبعادها ويتم ذلك بمقتضى قرار إداري تصدره المصلحة المتعاقدة لعدة أسباب من بينها:

- عدم المطابقة للشروط أو المواصفات المعلنة.

- سوء السمعة المهنية لأن حسن السمعة المهنية شرط واجب التوافر في المتعامل مع الإدارة شأنه شأن الكفاءات والمؤهلات ويمكن الإدارة التأكد من سوء سمعته من خلال تصفح تعاقداته السابقة مع الإدارة فقد يكون قد سبق له التماطل أو التهرب من تنفيذ التزاماته أو لجأ إلى استعمال الغش»<sup>(3)</sup>

ولقد أكد تنظيم الصفقات العمومية هذا السبب ليمنح الحق للإدارة في إصدار قرار الاستبعاد وذلك بمقتضى المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية والتي استعرضت أن تشمل التعهدات في عرضها التقني على: الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين

(1)- يزاحي(سلوى): مرجع سابق ص ص: 110، 111.

(2)- المادة 125 فقرة 4 و 6 و 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة بالمرسوم 12-23.

(3)- عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق ص: 159.

الجزائريين والمتعهدين الأجانب الذين عملوا بالجزائر.

\*مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي والمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة ولا يطبق هذا الحكم الأخير على المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر، تصريح بالنزاهة و كذا دفتر الشروط محتويا في اخر صفحة منه على عبارة قرئ و قبل<sup>(1)</sup>.

-دواعي المصلحة العامة: فإذا كانت الصفقة العمومية تتميز بطابع الآلية فإنه يمكن التخفيف من هذا الطابع، إذ منح تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة حق رفض العرض المقبول بناء على اقتراح لجنة تقييم العروض إذا أثبتت هذه الأخيرة أنه تترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت...»<sup>(2)</sup>.

-هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو تسببه في اختلال قطاع المنافسة، ويقصد بذلك فقها قدرته على عمل عقبة لمنع المنافسة الكاملة في السوق من خلال الامكانيات المتاحة له، ومن خلال القيام بتصرفات مستقلة في مواجهة منافسيه ومستهلكيه<sup>(3)</sup>، وهذا ما أكده قانون المنافسة، فقد عرف وضعية الهيمنة بأنها «...الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر، إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها»<sup>(4)</sup>.

إن الاعتماد على فكرة هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو تسببه في اختلال المنافسة كأساس لإصدار قرار الاستبعاد من قبل المصلحة المتعاقدة، يقر بإمكانية وجود تصرف إداري له آثار سلبية على المنافسة، وهذا يسمح لنا بالقول بإمكانية اختصاص القاضي الإداري في هذا المجال للنظر في مشروعية هذا التصرف.

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري وترتيبه لآثار قانونية بذاته تتمثل في حرمانه من التعاقد مع الإدارة وهذا يخول أصحاب

(1)-راجع المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)-المادة 125 فقرة 8 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3)-Blaise (Jean Bernard) et Idot (Laurence): Concurrence (chroniques), Revue Trimestrielle de droit Europeen 31(4), Octobre , Décembre, 1995, P859.

(4)-المادة 3 من القانون 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2010 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36 الصادرة في 2 جويلية 2008.

الشأن الطعن ضده بالإلغاء أمام قاض الإلغاء وهذا منا أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها بتاريخ 1959/05/9<sup>(1)</sup>، وكذا المحكمة الإدارية بأكادير حيث أصدرت حكماً بإقصاء مرشحين في المناقصة بجلسة فتح الأطراف، قائلة: «... وحيث أن قرار الإقصاء معيب من جهة مخالفة القانون لعدم استيفاء إجراء جوهرى ضرورى... اتخاذ القرار وهو فتح ظرف التعهد الخاص بالطاعة، ومن جهة لاعتماده سبب لا علاقة له بملف هذه الأخيرة، مما يجعل القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة، فكلها عيوب مجتمعة أو متفرقة تسم القرار بعدم المشروعية، مما يستوجب إلغاؤه...»<sup>(2)</sup>.

د- **قرار الحرمان من دخول الصفقة:** لقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة ولو توفرت في عطائه كافة الشروط المتطلبية إذا كان الحرمان مستند إلى نص قانوني: ويأخذ هذا الحرمان شكلين هما:

\* الحرمان الوقائي: ويكون الهدف منه تفادي التحيز والمجاملة في اختيار المتعاقد على أسس موضوعية سليمة وهذا ما قضت به المادة 39 من قانون المناقصات والمزايدات المصري<sup>(3)</sup>.

غير أننا لا نعثر على أي نص في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري يتكلم عن هذا الشكل من الحرمان إذ أنه لا يمكن تصور تقدم الوالي بصفقة إلى البلدية.

\* الحرمان الجزائي: ويعني ذلك الإقصاء من المشاركة في شكل عقوبات ثانوية، وهذا الشكل ورثناه من القانون الفرنسي، ولقد تداركه تنظيم الصفقات العمومية وأدمجه في نص المادة 52 منه، حيث تم إقصاء جملة من المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية إذا كانوا في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن نشاطهم أو تسوية قضائية أم صلح، أم لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، أو كانوا مسجلين في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، أو قدموا تصريحاً كاذباً، أو كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي، أو لم يستوفوا الأيداع القانوني لحسابات شركاتهم، أو الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع بعد استتفاذ إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما، وكذا المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجبائية و الجمارك و التجارة، إضافة إلى الأجانب المستفيدين من صفقة و اخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 24 من تنظيم الصفقات

(1)-عبد المنعم خليفة(عبد العزيز): مرجع سابق ص: 112.

(2)-بنعياش (رشيد): الرقابة على الصفقات العمومية بالمغرب، الحوار المتمدن، عدد 2935 -2010/3/5، مقال

منشور على الموقع: www. Ahewar.org.

(3)-عبد المنعم خليفة(عبد العزيز): مرجع سابق ص: 145.



العمومية<sup>(1)</sup>، أو تنازلوا أثناء مرحلة صلاحية العروض على صفقة منحت لهم وبدون عذر مقبول، فهنا يمكن للمصلحة المتعاقدة حرمان هؤلاء المتعاملين الاقتصاديين من التعهد في صفقاتها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، ومع إمكانية حجز كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر ذلك<sup>(2)</sup>.

ولقد كيف القضاء قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، ويختلف عن قرار الاستبعاد في أن هذا الأخير يأتي بعد قبول دخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لأحد الأسباب السابق بيانها، بينما لا يمنح الشخص فرصة دخول الصفقة العمومية أصلا في حال صدور قرار بحرمانه من دخولها.

هـ- **قرار إلغاء الصفقة العمومية:** قد يحدث وأن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء الصفقة العمومية بعد إعلانها وذلك في حالتين هما:

- إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك: لأن الدافع من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق الصالح العام فإذا انتقد هذا الأخير تصدر المصلحة المتعاقدة قرار بإلغاء الصفقة<sup>(3)</sup>.

- في حالة عدم جدوى العملية: وفي هذا الصدد نصت المادة 122 فقرة أخيرة من تنظيم الصفقات العمومية على ما يلي: «تحرر لجنة فتح الأظرفة عند الاقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44 من هذا المرسوم»<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن عبارة «عدم جدوى العملية» المذكورة بالمادة تعني تقديم عرض واحد أو بقاء عرض بعد إقصاء العروض الأخرى غير المقبولة، أو في حالة إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي أدنى من ثلاثة<sup>(5)</sup>.

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار إلغاء الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري وذلك إذا كان معيبا بعيب من عيوب المشروعية، كأن يكون إلغاء الصفقة لدواعي الصالح العام سببا صوريا أو أن يثبت صاحب العطاء أنه قدم عطاء مناسباً ورغم ذلك قامت الإدارة بتقدير عدم وجود جدوى العملية<sup>(6)</sup>.

(1)- راجع المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)- راجع المادة 125 مكرر من المرسوم الرئاسي نفسه.

(3)- بزاحي(سلوى): مرجع سابق ص ص: 116، 117

(4)- المادة 122 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل بالمرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم

الصفقات العمومية .

(5)- راجع المواد 31 و34 و44 من المرسوم الرئاسي نفسه.

(6)- بزاحي(سلوى): مرجع سابق ص: 118.

2. الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإبرام الصفقة: تبرم الصفقة العمومية بصدور قرار السلطة المختصة والتي حددتها المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية والمتمثلة في:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة.
- مسؤول الهيئة الوطنية.
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.
- المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الإدارية وكذا الصناعية والتجارية.
- المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكذا المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وذات الطابع العلمي والمهني أيضا.
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها<sup>(1)</sup>. ويبدو أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري قد أعطى للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تحديد صاحب العرض لتبرم معه الصفقة العمومية، وهذا بالنظر إلى أحكام 125 فقرة 8 السابق ذكرها على أن يبين حق رفض العرض.

غير أن قانون المناقصات والمزايدات المصري لا يعطي للمصلحة المتعاقدة أي سلطة تقديرية في تحديد صاحب العطاء الذي تقوم بإبرام الصفقة معه، حيث أنها ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة البت، لذا لا يجوز لها التعاقد مع غيره، غير أنها تملك رفض الإبرام استنادا لدواعي الصالح العام<sup>(2)</sup>.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية الفرنسي القديم وكذا الجديد نص بأنه يمكن للشخص المسؤول عن الصفقة في أي وقت أن يرفض إبرام الصفقة إذا مس ذلك بالمصلحة العامة وهذا ما جعل القاضي يتجاوز السلطة بممارسة رقابة على أسباب قرار هذا الرفض وهذا يتلاءم والشروط الموضوعية من قبل مجلس عدالة الرابطة الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 18 جوان

(1)- المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2)- عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص: 138.

2002(مدينة فيينا-النمسا)<sup>(1)</sup>.

ويعد القرار الصادر بإبرام العقد في حد ذاته قرارا إداريا يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد، باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد وهذا هو الأمر الذي يجعل منه قرار إداريا منفصلا عن العقد الإداري ويجوز معه الطعن على هذا القرار بالإلغاء استقلالا عن العقد إذا توافرت موجبات إلغائه<sup>(2)</sup>.

بعد هذا التحليل المقتضب، يحق لنا التساؤل عن مآل القرارات التي يلغها القضاء الإداري، وبالتالي مآل العقد أو العقود التي صدرت في إطارها؟

يرى الاستاذ "عبد الله العليج" مفوض ملكي بالمحكمة الإدارية بأكادير في مداخلة تحت عنوان "الرقابة على القرارات الصادرة بشأن تطبيق أحكام وقواعد صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة"، من خلا طرحين اثنين:

1- إذا لم يتم بعد إبرام العقد و قبل صدور حكم بالإلغاء وبناء على الأثر المطلق لهذا الحكم، يؤدي إلى بطلان ما ترتب عن القرار من نتائج، لأن ما بُني على باطل فهو باطل.

2- في حالة إبرام العقد وقبل صدور حكم بالإلغاء فإنّ العقد يبقى سليما حتى يتمسك أطرافه بطلب الإلغاء أمام قاضي العقد وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه.

وهذا هو الاتجاه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده قرار مجلس الدولة المصري، إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاداته الحديثة لاحظ وجود تناقض في الاجتهاد السابق، بحيث أن النتيجة القانونية والمنطقية لذلك تقتضي أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها بما فيها العقد<sup>(3)</sup>.

أما في الجزائر وبالرجوع للمادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي نصت في فقرتها الأخيرة على ضرورة ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية<sup>(4)</sup>، وبالرجوع لنص المادة 61 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجد أن هذه الأخيرة تنص على أنه: «دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو

(1) Bergéal(Catherine) , Lenica(Frederic) : op cit p : 26.

(2) عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق.ص.139.

(3) بنعياش (رشيد): الرقابة على الصفقات العمومية بالمغرب، مرجع سابق.

(4) المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 01/06.

عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سبب كافيًا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني، ومن شأنه أيضًا أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية وفسخ الصفقة...»<sup>(1)</sup>.

وبقراءة كل من النصين و ربطهما ببعضهما يتضح لنا أن سلطة توقيع الجزاءات على المخالفات المذكورة بالمادة 61 أعلاه تمنح للقاضي الإداري فضلًا عن اختصاص قاضي العقوبات، لأنّ النص تكلم عن المتابعات الجزائية.

وبذلك متى تحققت إحدى المخالفات المذكورة بالمادة 61 السالف ذكرها، بمناسبة التحضير لصفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه أو إبرامه، فإنه بإمكان القاضي الإداري أن يلغي ذلك العقد، أو تلك الصفقة أو الملحق، وذلك بعد أن يتم إلغاء قرار إبرام الصفقة أو قرار المنح المؤقت حسب الحالة<sup>(2)</sup>.

### III. الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية:

#### 1. مبدأ رفع دعوى استعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية:

كأصل عام فإن كل القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرام هذه الأخيرة هي محل لدعوى الإلغاء كما أوضحنا ذلك أعلاه، غير أنه يمكن رفع دعوى استعجالية بشأن هذه القرارات، إذ سمح القانون الفرنسي بإخطار القاضي الإداري في مادة العقود بوقف تنفيذ القرارات الصادرة في مرحلة إبرامها وذلك بموجب قانون 30 جوان 2000 المتضمن إجراءات الاستعجال أمام القاضي الإداري<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الشأن أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارًا بتاريخ 22 جوان 2001 بوقف تنفيذ قرار استبعاد شركة "BOURBOUNAISE" للأشغال والبناء" من إبرام الصفقة<sup>(4)</sup>، وعلى غرار القانون الفرنسي فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كرس هذه الإمكانيات من خلال الفصل الخامس تحت عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية" حيث نصت المادة 946 من ذات القانون على ذلك واضعة المبدأ في فقرتها الأولى بقولها: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها

(1)- أنظر المادة 61 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

(2)-Moussa (Zahia): Vers le durcissement de la réglementation des marchés publics en Algérie, Revue le Moniteur, N°107, Février 2011, P:2.

(3)-Bergeal(Cathrine) , Lenica(Frederic) : op cit p : 41

(4)-Ce:2 juin société "Bourbounaise de travaux et construction, req N° 290693.

عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات...»<sup>(1)</sup>.

وتتعلق هذه الحالة بمخالفة الإجراءات المسبقة لإبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة ولا سيما قواعد الإشهار التي تضمن الشفافية ومساواة المتنافسين ، فكل من له مصلحة أن يرفع دعوى استعجالية -ولو قبل إبرام العقد- يلتزم فيها أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامتنال للالتزامات في أجل معين والمحكمة الإدارية أن تحكم بذلك، كما لها أن تحكم بغرامة تهديدية تسري ابتداء من انتهاء الأجل، كما يمكن لها أن تأمر فور تسجيل الدعوى بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات<sup>(2)</sup>.

ولقد سمح قانون الاجراءات المدنية و الادارية كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية برفع دعوى استعجالية في هذا الشأن.

إن تنظيم الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية شيء ايجابي فعلا ، ولقد أحسن قانون الاجراءات المدنية و الادارية عندما أقره لأنه يستهدف وقف التنفيذ بمعنى إيقاف سريان القرارات الإدارية محل الطعن بالإلغاء.

وتشتق سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية من سلطة الإلغاء وتعتبر فرعا منها ، و مردها هو الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الإداري على القرار محل الطعن لأجل استظهار مبدأ المشروعية<sup>(3)</sup>.

إن مبدأ رفع دعوى الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية يتلاءم حقيقة وطبيعة القرارات الإدارية المنفصلة خاصة وأن رفع دعوى الإلغاء بشأن هذه القرارات سيخرجها من فحواها الأصلي ألا وهو القرار الإداري.

كما ان قانون الاجراءات المدنية و الادارية قد خول للمحكمة الإدارية فضلا عن وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، صلاحيات تتمثل في أمر المتسبب في الإخلال بالامتنال للالتزاماته وتحديد أجل لذلك، والحكم بغرامة تهديدية وكذا تأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، وكل ذلك سيحقق للطاعن نتائج مرضية تخص طعنه فترفع عنه الضرر اللاحق به في مدة قصيرة هي 20 يوما تسري من تاريخ إخطاره للمحكمة الإدارية بطلبه<sup>(4)</sup>.

(1)- المادة 946 فقرة أولى من ق.إ.م.إ.

(2)- شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 144 والمادة 946 فقرة 2، 3، 4، 5 من ق.إ.م.إ.

(3)-Lajoyé (C) : op cit, P:146.

(4)- انظر: المادة 947 من القانون السابق.

وبهذا الخصوص قال وزير العدل حافظ الأختام أثناء مناقشة مشروع قانون الاجراءات المدنية و الادارية مايلي: «إن القاضي الاستعجالي بالنسبة إلى المواد الإدارية لا يصبح قاضي فرد بل ثلاث قضاة يشكلون القاضي الاستعجالي نظرا إلى خطورة القرار ، لأنّ القاضي الإداري إذا أصدر أمرا استعجاليا لتوقيف مثل هذا القرار معناه أنه يوقف سير مرفق عام كالطريق السريع أو مشروع ، لذا قلنا نظرا إلى خطورة هذه المهمة يصبح القاضي الاستعجالي في المواد الإدارية يتألف من ثلاث قضاة لا قاضي واحد ويستطيع بهذه الحكمة وهذا الوفاق وهذه التجربة أن يوقف قرار إداريا لمدة معينة، كأن يوقف سريان صفقة عمومية إذا رأى عدم شفافيتها أو تشوبها محاباة أو رشوة أو دون إشهار أو... إذن هنا يأمر القاضي بوقف الصفقة لمدة عشرون يوما حتى يقوم بالتحقيق...» (1).

لكن ما يعاب على قانون الاجراءات المدنية و الادارية هو أنه لم يكن دقيقا في صياغته لنص المادة 946 السابق الإشارة إليها، فهي تتحدث عن جواز إخطار المحكمة الإدارية والصحيح هو جواز رفع دعوى أمام محكمة إدارية<sup>(2)</sup>، وأن قانون الاجراءات المدنية و الادارية سكت بخصوص إمكانية رفع دعوى استعجالية في مادة إبرام عقود و صفقات الهيئات الوطنية المستقلة، خاصة وأن مجلس الدولة هو الذي يفصل في دعوى إلغاء قرارات الهيئات وهو الذي يختص أيضا بالفصل في دعاواها الاستعجالية وليس المحكمة الإدارية، وهذا يثير لبسا في ذهن المتقاضي القاضي والإدارة.

كما أنه من الأجدر أن يكون مبدأ رفع دعوى استعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية من اختصاص قضاء الموضوع وبإجراءات سريعة بسبب وجود حالة استعجالية خاصة وأن هذا المسلك ثابت لـ قانون الاجراءات المدنية و الادارية في منازعات الأحزاب السياسية<sup>(3)</sup>، مع ضرورة تقصير الآجال والمهل.

**2. شروط رفع دعوى استعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات:** إن مفاد رفع دعوى استعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية هو حصول الطاعن على حكم يوقف تنفيذ القرارات المنفصلة، ومحاولة تصحيح الأوضاع بحسب ما اشتملت عليه المادة 947 من ق إ م إ، و

(1) السيد وزير العدل حافظ الأختام بلعيز (الطيب)، مناقشة مشروع قانون الاجراءات المدنية و الادارية 09/08 بالجلسة العلنية المنعقدة يوم 6 جانفي 2008 دورة عادية أولى، مجلة المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، رقم 48 المؤرخة في 20 جانفي 2008، ص99.

(2) - شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية الهيئات والإجراءات، مرجع سابق، ص: 14 هامش 1.

(3) - راجع المادة 36 من الأمر رقم 09/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية ج ر عدد 12، الصادرة في 06/03/1997.

يشترط لتحكم المحكمة بذلك ما يلي:

- أن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها فيما لو حكم بالإلغاء وبالتالي تصبح الوضعية غير قابلة للإصلاح<sup>(1)</sup>، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر «يتعين على القضاء الإداري ألا يوقف تنفيذ القرار الإداري إلا عند قيام ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على القرار الإداري نتائج لا يمكن تداركها».

أن يطبق وقف تنفيذ هذا القرار رافع دعوى الإلغاء صراحة لأنه أمر متفرع عن دعوى الإلغاء الأصلية، كما يجب أن ترفق عريضة وقف التنفيذ بنسخة من عريضة دعوى الموضوع حسبما ذهب إليه المادة 926 من ق.إ.م.إ.

- أن يؤسس طلب وقف التنفيذ بصفة خاصة وطلب إلغاء القرار محل الطعن على أسباب جدية لقاضي الموضوع تقديرها، وهذا ما ذهب إليه نص المادة 919 من ق.إ.م.إ. التي جاء فيها «...يجوز لقاضي الاستعجال، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار...».

....ينتهي أثر وقف التنفيذ عن الفصل في موضوع الطلب».

- أن لا تمس المحكمة الإدارية عند قضائها بوقف التنفيذ بأصل طلب الإلغاء وهذا ما نصت عليه المادة 918 من ق.إ.م.إ. بقولها: «...قاضي الاستعجال... لا ينظر في أصل الحق...».

لكن بقراءة نص المادة 946 السابق ذكرها يتبين لنا أن دعوى الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية تتعلق بأصل الحق وهو مدى مشروعية القرار الإداري المنفصل وليس مجرد إجراء تحفظي، لأن النص تخلى ضمناً عن شرط من الشروط التقليدية للدعوى الاستعجالية وهو ألا يتعلق بأصل الحق، وقرر إجراءات استعجالية لنزاع يتعلق بأصل الحق، وهذا ما يؤيد موقفنا بخصوص جعل هذا النوع من المنازعات من اختصاص قضاء الموضوع بإجراءات سريعة.

- وأخيراً عدم وجود وسيلة أخرى يستطيع الأفراد بواسطتها حماية حقوقهم من تعسف الإدارة بصورة عاجلة<sup>(2)</sup>.

وما يمكن استنتاجه هو أنه في حالة طعن أحد المتقدمين للمناقصة في قرار إرساء المناقصة على غيره فإن طلبه موضوعي بإلغاء هذا القرار وعلى سبيل الاستعجال طلب وقف تنفيذه وإرساء

(1)-Debbash (Charles) : Contentieux administratif 2<sup>ème</sup>edition Dalloz, paris, P: 453.

(2)-جمال عباس(عثمان): مرجع سابق ص: 276، 277. والمواد 919 و918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المناقصة عليه، باعتباره صاحب العطاء الأفضل، وفي هذه الحالة يمكن للقضاء المستعجل أن يأمر بوقف تنفيذ قرار الإرساء متى توفرت أسباب ذلك، إلا أنه لا يملك إرساء المناقصة على الطاعن لأن القضاء المستعجل لا يشكل قضاء مستقلا عن محكمة الموضوع ولهذا فإن سلطاته تحترم حدودها.

### ثانيا: أوجه الطعن بالإلغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

تتمتع القرارات الإدارية كأصل عام بالمشروعية إذ ينبغي أن تصدر مطابقة للنصوص القانونية، غير أن قرينة صحة وسلامة هذه القرارات هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وعلى الطاعن أن يثبت أن القرار الإداري الذي يخاصمه مشوب بعيب من عيوب المشروعية وهي:

#### I. عيب عدم الاختصاص:

1. **تعريف عيب عدم الاختصاص:** يعرف الاختصاص في القرارات الإدارية بأنه الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانونا<sup>(1)</sup>، ومن ثمة يضحى القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص نتيجة عدم قدرة الموظف قانونا على اتخاذه وكذلك عدم القدرة القانونية لسلطة من السلطات الإدارية على إصدار قرار إداري ما لأنه لا يدخل في نطاق ما تملكه من صلاحيات مقرر لها قانونا<sup>(2)</sup>.

وعليه يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه العيب الذي يتصل بأي شروط صحة القرار الإداري ويتمثل في صدور القرار عن جهة إدارية أو موظف غير المختص قانونا بإصداره وفقا لما يقرره القضاء الإداري ومن ثمة يؤدي إلى إعدام القرار، وبهذه المثابة يعتبر عيب عدم الاختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري فهو يمتاز بأنه الوجه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

#### 2. صور عيب عدم الاختصاص: وينقسم هذا العيب إلى 3 صور هي:

أ- **عيب عدم الاختصاص الموضوعي:** ويتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تمتلك قانونا إصدار القرار بشأنه وذلك يشمل الحالات التالية:

\* اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية موازية لها في الدرجة ولا ترتبط بها لا

(1)- عوابدي(عمار): القانون الإداري النشاط الإداري، ج2 رم ج:2005 ط3 ص: 117.

(2)- Debbash(Charles): Op.Cit, P: 769.

(3)-جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 192.



بعلاقة رقابية ولا رئاسية مثلا: قيام وزير التجارة بإبرام صفقة عمومية في مجال قطاع الطاقة والمناجم، وهنا يكون في إصدار قرار إبرام الصفقة اعتداء على اختصاص وزير قطاع الطاقة والمناجم، وبالتالي فهو قرار معيب.

\*اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها: كقيام موظف بالبلدية بإبرام صفقة عمومية بدلا من رئيس المجلس الشعبي دون أي تفويض منه<sup>(1)</sup>.

\*اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أدنى منها وأحسن مثال على ذلك هو أن الدولة وإن كانت لا تخضع بصفة مباشرة لقيود التخصص إلا أنها لا يمكنها الاعتداء على اختصاصات الوحدات الإقليمية وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطان العقد الذي يبرمه حاكم الإقليم باسم إحدى المحليات في غير القروض التي يحل فيها محل عمدة هذه المقاطعة<sup>(2)</sup>.

\*صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون: وفي ذلك نجد أن تنظيم الصفقات العمومية قد خول السلطات التي أعطاهها صلاحية إبرام صفقات عمومية في نص المادة 8 فقرة أولى منه، حق تفويض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية وذلك طبقا للفقرة الثانية من ذات المادة التي جاء فيها: «...يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال من الأحوال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها»<sup>(3)</sup>.

أما الحلول فإنه يقع عندما يغيب صاحب الاختصاص عن عمله ليحل محله شخص ويشترط في كل من التفويض والحلول أن يحدث بشكل قانوني حتى لا يكون القرار معيبا بعبء عدم الاختصاص الموضوعي.

**ب- عيب عدم الاختصاص المكاني:** لأنه لركن الاختصاص في القرارات الإدارية عنصر مكاني يقصد به تحديد وحصر الحدود المكانية التي يجوز لرجل السلطة الإدارية المختصة أن يمارس في نطاقها وحدودها اختصاصه بإصدار قرارات إدارية، ويكون هذا القرار الإداري معيبا بعبء عدم الاختصاص المكاني في مجال الصفقات العمومية مثلا إذا قام والي ولاية قسنطينة بإبرام صفقة عمومية تخص ولاية عنابة فهذه الأخيرة هي من اختصاص والي ولاية عنابة.

**ج- عيب عدم الاختصاص الزمني:** فلكن الاختصاص في القرارات الإدارية أيضا عنصر زمني يقصد به تحديد البعد الزمني أو المدة الزمنية المحددة لسلطة الإدارية المختصة لممارسة

(1)- بزاحي (سلوى): مرجع سابق، ص: 145، 146.

(2)- جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 196.

(3)- المادة 8 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

اختصاصها والتي يجوز لها خلالها إصدار قرارات إدارية مثلا: مداوات المجالس الشعبية الولائية والبلدية ومدة تعيين الولاة والوزراء والمديرين العاميين للمؤسسات<sup>(1)</sup>.

## II. عيب الشكل والإجراءات:

1. تعريف عيب الشكل والإجراءات: عيب الشكل هو مخالفة الإدارة للقواعد الإجرائية واجبة الإلتباع في إصدار القرارات الإدارية سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية<sup>(2)</sup>.

ويقصد بعيب الشكل في دائرة العقود الإدارية بأنه العيب الذي يلحق بالسند ذاته وهو العيب المادي، كما أنه يتعلق بالعيوب التي تتعلق بإحدى إجراءات التصرف ذاته<sup>(3)</sup>.

2. نطاق عيب الشكل والإجراءات: لقد عمد الفقه والقضاء إلى التفرقة بين قواعد الشكل والإجراءات، فهناك إجراءات وشروط شكلية يتحتم إلتباعها بحيث تستتبع مخالفتها إلغاء القرار، بينما لا تتال مخالفة بعض قواعد الشكل من صحة القرار ولا تؤدي مخالفتها بالتالي إلى تقرير البطلان.

وتطبيقا لذلك فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية حيث رفض القاضي رقابة قرار منفصل إذا كان عيب الإجراءات المحتج به ليس جوهريا في نظره أو تم إغفال توقيع أحد العناصر الأساسية في الصفقة كدفتر الشروط مثلا<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلة الأشكال الجوهرية اشتراط كتابة القرار الإداري واشتراط التسبيب والتوقيع والنشر والتبليغ عندما يتدخل المشرع أو السلطة التنظيمية وتقرر ضرورة احترام الشكليات أثناء اتخاذ قرار إداري<sup>(5)</sup>.

ولقد اشترط تنظيم الصفقات العمومية أشكالا جوهرية مثل ما نصت عليه المادة 42 منه بقولها «يجب على المصلحة المتعاقدة أن تغل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة»<sup>(6)</sup>، فإن لم يصدر قرار إرسال الصفقة معللا كان معيبا بعيب انعدام التسبيب، كما يعد قرار الإعلان عن المناقصة معيبا بعيب الشكل والإجراءات إذا لم يتضمن البيانات المنصوص عليها وجوبا في نص المادة 46 من تنظيم الصفقات العمومية، ويكون قرار المنح المؤقت معيبا

(1)- عوابدي(عمار): مرجع سابق، ص:121.

(2)-Berlia(Lovice) : Le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratifs : RDP, 1941, P: 375.

(3)- العطار(فؤاد): القانون الإداري، دون دار نشر، مصر، 1976، ص: 543.

(4)- Bergeal(C) et Lenica(F) : op cit, P:32.

(5)- عوابدي(عمار): مرجع سابق، ص:124.

(6)- المادة 42 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

بعبء الشكل والإجراءات إذا لم يتم الإعلان عنه في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة العمومية... وغيرها.

إن تجاهل قواعد الإشهار والدعوة للمنافسة المنصوص عليها لتنظيم الصفقات العمومية وكذا مجموعة التوجيهات المتعلقة بالأشغال والخدمات، التوريدات يؤدي لا محالة إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل<sup>(1)</sup>، لأنه يكون للقاضي مراقبة مدى احترام الإدارة للتنظيم القانوني المقرر لأسلوب التعاقد وكذا إجراءات التعاقد ومشروعية الاختيار وإلا يترتب البطلان<sup>(2)</sup>.

### **III. عيب مخالفة القانون (عيب المحل):**

1. **تعريف عيب مخالفة القانون:** هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار الإداري إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثر الذي أحدثه القرار جائز أو ممكنا قانونا.

وعلى ذلك يرتبط محل القرار الإداري بوجه مخالفة القانون ويقصد بهذا الارتباط أو الموافقة التطابق لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة وذلك تبعا لمبدأ تدرجها<sup>(3)</sup>.

2. **صور عيب مخالفة القانون:** تظهر عيوب المحل أو مخالفة القانون في القرار الإداري إذا كانت هناك مخالفة مباشرة لقاعدة قانونية، أو ارتكاب خطأ في تفسير أو تطبيق القانون<sup>(4)</sup>.

أ- **المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية:** وفي هذه الحالة قد تكون المخالفة إما ايجابية أو سلبية فالمخالفة السلبية للقاعدة القانونية تتحقق عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو أن ترفض تنفيذ ما تفرضه القواعد القانونية من التزامات قانونية وفي هذه الحالة على طالب الإلغاء أن يثبت قيام القاعدة القانونية وتجاهل الإدارة لها<sup>(5)</sup>، فمثلا تنص المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية والتي تحدد السعر أو الحد المالي الأدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، حيث يفوق 8 مليون دج لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4 مليون دج لخدمات الدراسات والخدمات، ومخالفة هذا الحد عند التعاقد يجعل القرار الإداري المنفصل بالمنح المؤقت أو بإبرام الصفقة مخالفا للقانون.

ب- **الخطأ في تفسير القانون:** أي تقوم الإدارة بتفسير خاطئ للقانون وهو نوعان:

<sup>(1)</sup>-Bergeal(C) et Lenica(F) : Op.Cit, P:32.

<sup>(2)</sup>-جمال عباس (عثمان):مرجع سابق،ص ص: مرجع سابق، ص ص:203، 204.

<sup>(3)</sup>-المرجع نفسه، ص: 209.

<sup>(4)</sup>-Bergeal(C) et Lenica(F) : Op Cit, P: 35.

<sup>(5)</sup>- الطماوي(سليمان): القضاء الإداري، قضاء الإلغاء: دار الفكر العربي مصر 1996 ص: 719.

\* خطأ عمدي في تفسير القانون: ويقصد به أن تلجأ الإدارة إلى التحايل فتقوم بتفسير القواعد القانونية تفسيراً خاطئاً عن عمد، ولما كان القضاء هو الذي يقوم بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء فإنه يترتب على الإدارة أن تلتزم بالتفسير الذي يقول به القضاء الإداري.

\* خطأ غير عمدي في تفسير القانون: فتقع فيه الإدارة إذا كان فعلاً هناك غموض وإبهام في النصوص القانونية مما يجعل رجل الإدارة يقوم بتفسيرها على غير المقصود قانوناً<sup>(1)</sup>.

ج- **الخطأ في تطبيق القانون**: يجب على الجهة الإدارية ألا تطبق قواعد القانون إلا إذا تحققت الوقائع الموجبة لتطبيق نصوص ذلك القانون وعلى ذلك إذا طبقت الجهة الإدارية قاعدة قانونية على حالة غير الحالة التي قصدها النص القانوني أو في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية كان قرارها مشوباً بعيب مخالفة القانون<sup>(2)</sup>.

#### IV. عيب السبب:

##### 1. تعريف عيب السبب:

تحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني<sup>(3)</sup>.

إذ يشترط في السبب أن يكون صحيحاً حقيقياً لا صورياً ولا وهمياً، وأن يكون محققاً وقائماً وحالاً وقت صدور القرار الإداري، كما يجب أن يكون مشروعاً وجوهرياً<sup>(4)</sup>.

2. **رقابة قاضي الإلغاء لعيب السبب**: إن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن، إلا بموافقة الإدارة، والتي لها الرفض شريطة أن يستند إلى أسباب معقولة، وليس مجرد الرفض، مثل ضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، فإذا كانت الأسباب غير مبررة، فالمتعاقد ينازعها بهذا الخصوص، ويستطيع الحصول على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في 13 نوفمبر 1908 في قضية "Guillaume" الذي يذهب فيه «فإذا كانت أسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإنّ المتعاقد يستطيع أن يحصل من ... على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة...»<sup>(5)</sup>.

(1)- عوابدي(عمار): مرجع سابق، ص: 125.

(2)- جمال.عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 211.

(3)- المرجع نفسه ص: 206.

(4)- راجع في هذا الصدد: الطماوي(سليمان) النظرية العامة للقرارات الإدارية دار الفكر العربي ط3، 1966 ص 202←210.

(5)- محمد جعفر الهاشمي (رشا): مرجع سابق، ص165.

ويراقب قاضي الإلغاء عيب السبب في القرار الإداري من خلال جملة عناصر اكتشفها القضاء المقارن كما يلي:

أ- رقابة قاضي الإلغاء للوجود المادي للوقائع: أي يراقب الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار، كأن يتأكد بأن السبب الذي أدى إلى إرساء الصفقة العمومية على صاحب العطاء هو توافر جميع المعايير التقنية والمالية في عطائه فإن لم توجد هذه المؤهلات قضى بإلغاء القرار لعيب في تسببيه.

ب- رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع: بعد مراقبة الوجود المادي للوقائع، يقوم قاضي الإلغاء بالتأكد من الوجود القانوني الصحيح للوقائع، فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع تكييفاً خاطئاً وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في العديد من القرارات ومنها حكمها المؤرخ في 5 نوفمبر 1955، حيث تقول فيه: «... لا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع...»<sup>(1)</sup>.

وما يجدر لفت الانتباه إليه هو أنه في مجال القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية، فإن قاضي الإلغاء يتأكد من الوجود المادي للحالة القانونية أو الواقعية التي اتخذت على أساس القرار الإداري وصحة تكييف هذه الوقائع دون رقابة على ملائمة القرار الإداري للوقائع، لأن هذه الرقابة تتعلق بالقرارات التأديبية والقرارات المتعلقة بالحريات العامة حسبما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي<sup>(2)</sup>.

## V. عيب إساءة استعمال السلطة:

1. تعريف عيب إساءة استعمال السلطة: هو عيب الغاية وقد عرفه الفقيه "Hauriou" على الوجه التالي: «ترتكب السلطة الإدارية عيب الانحراف حين تتخذ قرار يدخل في اختصاصها مراعية فيه الشكل المقرر وغير معارضة فيه لحرفية القانون مدفوعة بأعراض أخرى غير التي من أجلها منحت سلطاتها لغرض آخر غرض حماية المصلحة العامة ومصلحة المرفق الموضوع تحت إشرافها»<sup>(3)</sup>.

2. صور عيب إساءة استعمال السلطة: وتتحدد صورة هذا العيب في صورتين هما:

(1) - محمد جعفر الهاشمي (رشا): مرجع سابق، ص 166.

(2) - يزاحي (سلوى): مرجع سابق، ص: 152.

(3) - الطماوي (سليمان): نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) دراسة مقارنة القاهرة دار الفكر

العربي: ط2: 1966 ص ص: 78، 79.

أ- **استهداف تحقيق غاية غريبة عن المصلحة العامة:** فإن كان هدف رجل الإدارة من إصداره القرار الإداري تحقيق نفع سياسي أو جزائي أو مادي أو محاباة للغير دون تحقيق المصلحة العامة كان قراره معيبا بعبء انحراف السلطة مما يقتضي إلغائه والمثال على ذلك أن تصدر المصلحة المتعاقدة قرار بإلغاء صفقة عمومية لعدم جدواها تأسيسا على بقاء عرض واحد فقط مطابق للشروط والمواصفات القانونية، لكن نية وإرادة المصلحة المتعاقدة هي حرمان مؤسسة ما صاحبة عطاء يتوفر على الشروط والمواصفات رغبة منها بالتعاقد مع مؤسسة أخرى لا تتوفر على الشروط والمواصفات<sup>(1)</sup>.

ب- **مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف:** أي أن يستهدف القرار الإداري هدف آخر غير الهدف الخاص الذي حدده النص القانوني، وذلك حالة ما إذا حدد القانون لجهة الإدارة أغراض معينة تسعى إلى تحقيقها عند إصدارها بعض القرارات الإدارية<sup>(2)</sup>.

ج- **الانحراف في استعمال الإجراءات:** كأن يلجأ رجل الإدارة إلى استعمال إجراءات غير تلك التي حددها القانون مما يفتح باب التحايل وذلك ليحقق مسائل شخصية وفي هذه الحالة يقع قراره معيبا بعبء عدم المشروعية للانحراف في استعمال الإجراءات<sup>(3)</sup>.

وكخلاصة لما سبق فإنه لا بد من التنويه بأن الإلمام بجميع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكاد يكون مستحيلا وذلك لندرة الأحكام القضائية في هذا المجال، ويبقى الدور منوطا بالقاضي الإداري ليضع قواعد واجتهادات يرتكز عليها كل من القاضي والمتقاضى لأن الحكم بالإلغاء له أثر سلبي بسبب طول مدة النزاع، إذ قد يصدر والصفقة قد دخلت مرحلة التنفيذ أو شارفت على نهايتها.

وبما أنه لا تقبل دعوى الإلغاء إلا على وجه من الوجوه التي سبق ذكرها، فإن القاضي الإداري سيحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس، لأن مخالفة القرار لنص عقدي ليس من حالات عدم المشروعية وهذا مبدأ مستقر في كافة مراحل العقد في الإبرام والتنفيذ وكذلك باختلاف وصف العقد سواء كان مدني أو عقد إداري، وهذا مبدأ راسخ حاليا في القضاء الفرنسي<sup>(4)</sup>.

ومما لا شك فيه هو أن عيوب المشروعية هذه تؤثر على مبادئ إبرام الصفقات العمومية، وهي مبدأ المساواة ومبدأ المنافسة، خاصة وأن الصفقات العمومية أصبحت تخضع لقانون المنافسة،

(1) -Bergeal(C) et Lenica(F) : Op cit, P : 35

(2) -جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 220.

(3) -أنور حمادة (محمد): القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004 ص: 146.

(4) -جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 216.

حيث نصت المادة 2 منه بأنه «بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

-نشاطات الإنتاج... ونشاطات التوزيع.... ونشاطات الخدمات.... وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

-الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية»<sup>(1)</sup>.

كما أن المادة 6 من ذات القانون اعتبرت أن السماح بمنح صفقة لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة اتفاقا محظورا<sup>(2)</sup>.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المادة 61 مكرر 1 منه وبالضبط في فقرتها الثانية، تنص على أنه: «...لا يمكن للمتعامل الاقتصادي الحائز على صفقة عمومية، وإطلع على بعض المعلومات التي تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا ثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة، وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين»<sup>(3)</sup>.

وما يسمح لنا بالتعقيب على هذه النصوص القانونية هو أن الصفقات العمومية هي مجال لاختصاص مجلس المنافسة فيما يتعلق بمرحلة إبرامها، في إطار ما يصدر من تصرفات إدارية تؤدي إلى صدور القرارات الإدارية المنفصلة المذكورة أعلاه، وهذا يسمح بانعقاد الاختصاص للقاضي الإداري بالنظر في مشروعية هذه التصرفات التي تؤثر سلباً على المنافسة، وذلك على ضوء القواعد المتعلقة بالمنافسة، لأنّ القاضي الإداري سيكون أكثر المؤهلين للنظر في مشروعية هذه التصرفات، باعتباره قاضي المرفق العام وقاضي القرارات الإدارية، وما أحوجه في هذا المقام إلى الاستعانة برأي مجلس المنافسة بخصوص تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بقانون المنافسة، كمفهوم السوق مثلاً، لمعرفة مدى تأثير القرار الإداري فيه<sup>(4)</sup>.

(1)- المادة 2 من القانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل الأمر 03/03 المتعلقة بالمنافسة، ج ر عدد 46 الصادرة في 18 أوت 2010..

(2)- راجع المادة 6 من القانون نفسه.

(3)- المادة 61 مكرر فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236، المحدثه بالمادة 9 من المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(4)- للمزيد من التفاصيل راجع: بوحلايس (إلهام): الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، 2004-2005، ص 87 وما بعدها.

### الفرع الثاني:

#### اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل لتسوية منازعات الصفقة العمومية:

يختص القضاء الإداري بنظر دعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية، حيث يتمثل دوره في إعادة الحال إلى ما كان عليه وإعادة الحقوق لأصحابها فله أن يحكم بالتعديل أو استبدال عمل بآخر بعد إبراز وجه العيب والعمل غير الشرعي وأخيرا بالتعويض لصالح المتضرر، وبهذا استخلص كل من الفقه المصري والفرنسي وكذا الجزائري لانتماء منازعات العقود الإدارية إلى دعاوى القضاء الكامل<sup>(1)</sup> بما فيها الصفقات العمومية كمبدأ يعرف استثناء (أولا) حيث تنشأ منازعات عن هذه العقود بشقين يحتاج الأمر إلى تصنيفها (ثانيا).

#### أولا: مبدأ خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الكامل والاستثناء الوارد عليه:

القضاء الكامل هو اختصاص شامل ومطلق يهدف لتصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد، وهو ما يختص بكل المنازعات وما يتفرع عنها، و يستوي في ذلك ما يتخذ من قرارات إدارية أو غيرها من الأعمال المادية أو الإجراءات ذات الصلة بالعلاقات التعاقدية<sup>(2)</sup> ويرتب الخضوع لهذا القضاء في منازعات الصفقات العمومية أثر معين وذلك كما يلي:

#### 1. مبدأ خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الكامل: يقصد بمنازعات الصفقات

العمومية بالمعنى الدقيق لهذا التعبير كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري في ذاته سواء تعلقت بانقضاء العقد أو صحته أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه ويدخل في ذلك حقوق التعاقد إزاء الجهة الإدارية في التعويض تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير، وما يلاحظ أن هذه المنازعات بصورها تدخل في نطاق ما يسمى بالقضاء الكامل لأن التعاقد مع الإدارة عند تقديمه لهذه المنازعات يقصد تحديد مركزه الذاتي والشخصي وتحديد حقوقه بطريقة كاملة في طلبه التعويضات المختلفة الناشئة عن العقد<sup>(3)</sup>.

ولقد اتفق الفقه والقضاء والعرف على إطلاق لفظ (قاضي العقد) ويكون هذا الأخير مختصا إذا نشأ النزاع بعد إبرام الصفقة وفي إطار تنفيذها أو بمناسبة ذلك<sup>(4)</sup>.

فالصفقة العمومية باعتبارها عقد لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأن دعوى الإلغاء هي جزاء مخالفة الشرعية وبالتالي لا يمكن الاستناد إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها لأن الالتزامات المترتبة

(1)- عوابدي (عمار): النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري: مرجع سابق، ص: 229.

(2)- عبدلي (سهام): مرجع سابق، ص: 216.

(3)- عليوات (ياقوتة): مرجع سابق ص ص: 161، 162.

(4)-Lojoye (Christophe) : Op cit : P: 202.



على العقود الإدارية هي التزامات شخصية<sup>(1)</sup>.

بينما قضاء الإلغاء هو قضاء موضوعي تدور المنازعة التي ينظرها حول تهديد المراكز القانونية، الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتداء عليها وتستهدف مخاصمة الأعمال القانونية المشرعة أو الشرطية التي تشوبها عيوب عدم المشروعية.

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن: «دعوى الإلغاء هي جزاء مخالفة المشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقد الإداري هي التزامات شخصية ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل فيما قد يثور من منازعات...»<sup>(2)</sup>.

ويعتقد الفقه بأن دخول المنازعات المتصلة بتنفيذ العقود الإدارية في نطاق اختصاص الكامل دون قضاء الإلغاء مرجعه افتقار تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو القرار الإداري... وأن دعوى الإلغاء هي دعوى مبنية للحكم الصادر، له حجية مطلقة في مواجهة الكافة، في حين أن دعوى القضاء الكامل تستهدف حماية حقوق ذاتية متولدة عن العقد الإداري بما يكفلها من مكنات يكون بوسع القاضي حماية تلك الحقوق والتي قد تصل إلى حد إجبار الإدارة على تنفيذ التزاماتها الأمر الذي يعجز عنه قاضي الإلغاء والذي ينحصر دوره في إصدار حكم بقبول الدعوى أو رفضها فقط<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن منازعات الصفقات العمومية لا تقتصر على عقد الصفقة فقط، ذلك أنه بعد اكتمال عقدها تصبح القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للبنود ليست لها صفة القرار وتقصد طبيعتها وذاتيتها القانونية وتندمج في العملية العقدية وتعامل معاملة الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، وتدخّل بالتالي في اختصاص مطلق وشامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنها في كل ما يتخذ بشأنها<sup>(4)</sup>. وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمصر بأنه: «إذا كان القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا إلى نصوصه فهو كما سبق البيان من القرارات التي تدخّل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء بل في نطاق القضاء الكامل ومن ثمة كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في غير محله»<sup>(5)</sup>.

(1)-عبدلي(سهام): مرجع سابق، ص: 217.

(2)-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق، ص: 305.

(3)-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): العقود الإدارية وتسوية منازعات قضاء وتحكيمها: مرجع سابق ص ص: 304 و350.

(4)-جمال.عباس (عثمان): مرجع سابق ص: 259.

(5)- قرار محكمة القضاء الإداري بمصر الصادر بتاريخ 1956/12/23 قضية رقم 284 لسنة 8 ق مجموعة

المجلس السنة 11 ص: 104

وقد ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط إلى عدم قبول طلب إلغاء صادر عن الإدارة في إطار تنفيذ العقد معللة حكمها بأنه: «حيث أن القرار المطعون فيه لا يعتبر قرار منفصلا وإنما متصلا وما دام النزاع ينحصر حول تنفيذ بنود العقد الشيء الذي يتعين معه على الطاعن تقديم دعواه في إطار القضاء الشامل»<sup>(1)</sup>.

وحتى يخضع القرار الإداري لولاية القضاء الكامل فإنه يتعين أن يتوفر على ما يلي:

- أن يتصل القرار بالصفقة انعقادا أو تنفيذا أو انقضاء وأن يصدر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة لأنه من القرارات الإدارية المركبة المتصلة بالعقد وليست منفصلة عنه وبالتالي يختص بمنازعاتها قاضي العقد<sup>(2)</sup> وهو القاضي الإداري بموجب المادة 801 ق.إ.م. «تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل...»

- دعاوى القضاء الكامل...»<sup>(3)</sup>

وعليه يجب التفريق بين العقد ذاته أو بمعنى أدق الربط التعاقدي وبين القرارات الإدارية التي تم بناء انعقاده عليها والتي ترافق انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا في المواعيد والشروط المقررة<sup>(4)</sup>.

- كما يشترط في القرار الإداري حتى يخضع لولاية القضاء الكامل أن يكون صادر عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية أي باعتبارها السلطة المختصة بإصدار هذا القرار، وأن مصدر سلطتها هو العقد ذاته وأن تصدره بوصفها سلطة عامة<sup>(5)</sup>.

وتطبيقا لما سبق فإن قاضي العقد يختص بالمنازعات التي تثار بصدد الجزاءات التي توقعها الإدارة استنادا إلى سلطتها المستمدة من نصوص العقد ودفاتر الشروط، فإذا تنازع أحد مع الإدارة حول المقاوله تحت إشرافها مباشرة المنصوص عليها في عقد الأشغال فإن وسيلته في ذلك هي دعوى العقد أمام القضاء الكامل أما إذا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء قائمة بذاتها ولم تشر النصوص التي في العقد إليها أو ستستمددا الإدارة في القوانين واللوائح فإن قرارات الإدارة في هذه الحالة لا تعد من قبيل المنازعة التي تثار بشأنها<sup>(6)</sup>.

(1)-المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مرجع سابق.

(2)-عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 217.

(3)- المادة 801 من ق.إ.م.إ.

(4)-جمال(عباس عثمان): مرجع سابق ص: 260.

(5)-عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 217.

(6)-جمال عباس (عثمان): مرجع سابق ص ص: 262، 263.

## II. الاستثناء الوارد على المبدأ:

تصدر المصلحة المتعاقدة قرارات إدارية تنفيذًا لعقد من العقود الإدارية أو استنادًا لنص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها القرار الصادر بمصادرة التأمين أو مصادرة العقد ذاته.

والأصل كما ذهب إليه كل من الفقه والقضاء إلى أن هذه القرارات ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء الكامل كما سبق وأن أوضحنا ذلك أعلاه، ولكن ما يجدر الإشارة إليه هو أن هذا الأصل يعرف استثناءات<sup>(1)</sup>، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه ومنها: «إذ كان من المستقر أن العقود لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء، ليس فقط لأنها من التصرفات الصادرة عن إرادتين، وليس إرادة الإدارة وحدها، وأيضًا لوجود طريق طعن مقابل (دعوى موازية) أمام قاضي العقود، تمنع من قبول دعوى الإلغاء، ولكن هذا المبدأ سبب للغير أضرارًا لذلك ليس ثمة ما يمنع من قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير في القرارات المتصلة بالتعاقد والمنفصلة عن العقد أو القرار المنفصل باعتبار أن مثل هذا القرار يمكن فصله والتعامل معه بذاته»<sup>(2)</sup>.

وتتمثل هذه الاستثناءات في:

### 1. الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من قبل المتعاقد:

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي لفترة طويلة قبول الطعون بالإلغاء المقدمة من قبل المتعاقدين مع الإدارة، إلا أنه في النهاية أوجد مجموعة من الاستثناءات وقبل الطعن المقدم من قبل المتعاقد ضد القرارات الصادرة تنفيذًا للصفقة العمومية أو العقود الإدارية وذلك في الحالات التالية:

\*الطعون الموجهة ضد القرارات الخارجة عن نطاق العقد: لأن المصلحة المتعاقدة قد تصدر قرارات خارج نطاق العقد بصفة غير صفتها التعاقدية وذلك في:

• حالة إنهاء العقد أو الصفقة.

• حالة القرارات التي تتخذها استنادًا لسلطة الضبط الإداري (قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1907/12/06 في قضية الشركات الكبرى).

• حالة القرارات التي تصدرها الجهات الإدارية العليا بإلزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذها وتكون ماسة بتنفيذ الصفقة.

وفي هذه الحالات يمكن الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات لأنها خارجة تمامًا عن نطاق

(1)-خليفة(عبد العزيز): ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مرجع سابق ص ص: 22 و 23.

(2)- محمد جعفر الهاشمي (رشا): مرجع سابق، ص: 239.

العلاقات العقدية.

\*الطعون المقدمة من المتعاقدين ذوي المراكز اللاحقية: لأن بعض المتعاقدين مع الإدارة يصبحون في مراكز تنظيمية لاحقية وذلك نظرا لطبيعة العقود التي يبرمونها معها، لذا فالقرارات الصادرة تنفيذا لهذه العقود أو إنهاؤها يجوز الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة عن العقد<sup>(1)</sup>.

## 2. الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر في مرحلة تنفيذ للصفقة المقدم من قبل الغير:

لقد قضى مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1952 بأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال الطعن بتجاوز السلطة في القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للصفقة العمومية وذلك باعتبار أن هذه القرارات تصدر في إطار العقد وهي غير قابلة للتجزئة عنه.

غير أن مجلس الدولة سرعان ما تراجع عن مساره انطلاقا من فكرة أن الغير قد يتضرر هو الآخر من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية<sup>(2)</sup>.

أ- طعون الغير بالإلغاء ضد القرار الخاص بتنفيذ الصفقة العمومية: لقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعون التي يقدمها الغير ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقود الإدارية والصفقات العمومية وذلك في الحالات التالية:

- إصدار الإدارة لقرارات إدارية لا تقوم على أساس عقدي في إطار تنفيذها للعقد.

- إسناد القرارات الإدارية إلى شروط تنظيمية أو لاحقية في العقد، فهذه الشروط لا تعد جزء من العقد بل هي خارجة عنه لذا يمكن للغير أن يطعن فيها بالإلغاء ولا يقف توسع مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن هذا الحد، بل هناك اتجاه جديد في فرنسا يدعو لقبول الطعون بالإلغاء المقدمة من قبل الغير حتى ولو استندت إلى شروط تعاقدية باعتبار أن الغير لا يملك أية وسيلة قانونية أخرى لمهاجمتها وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير له منذ 1983 في قضية:

La société de mobilier urbain pour publicité à l'information.

وكخلاصة فإن مجلس الدولة يتجه حديثا إلى منح الغير حق الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات المستندة إلى شروط تعاقدية طالما أن هذه القرارات تبدو بمظاهر متميزة عن العقد، كما أنهم لا يملكون وسيلة أخرى لمهاجمتها، كما منح مجلس الدولة الفرنسي الحق في اتخاذ الإجراءات

(1)-عوايدي(عمار): مرجع سابق، ص: 454.

(2)-يزاحي(سلوى): مرجع سابق ص: 123.

الضرورية لتأمين تنفيذ العقد متى كانت له مصلحة في ذلك.

**ب- طعون الغير ضد القرار المتعلق بفسخ الصفقة العمومية:** ويشمل قرار فسخ الصفقة العمومية حالتين هما:

\*القرار الخاص برفض طلب الفسخ: حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي على أنه من حق الغير الطعن ضد قرار رفض طلب الفسخ إذا ما توافرت في هذا القرار شروط القرار الإداري المنفصل، إذ قبل مجلس الدولة الفرنسي طعن إحدى الجمعيات بإلغاء قرار رفض فسخ العقد الذي منحت الإدارة بموجب أحد المتسابقين إشارة هاتفية خاصة.

\*قرار الإدارة بفسخ الصفقة العمومية: حيث اتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى رفض قرار الفسخ المقدم من قبل الغير باعتباره قرارا ممنوحا للإدارة استنادا إلى سلطتها التعاقدية لذا فلم يقبل الطعن المقدم من قبل الغير لإلغائه.

غير أنه يجب أن يعدل مجلس الدولة عن مساره ويقبل الطعن بالإلغاء ضد هذا القرار قياسا على قبوله الطعن بالإلغاء قرار إبرام الصفقة العمومية<sup>(1)</sup>.

**ثانيا: تصنيف منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل:**

ولأن من منازعات الصفقات العمومية ما يكون موضوعيا ومنها ما يكون مستعجلا الأمر الذي يقتضي منا عرضا لكلا الطائفتين من المنازعات في إطار اختصاص القضاء الإداري بولاية قضاء كامل مع تحديد شروط قبول كل منها على المدار التالي:

**1. المنازعات الموضوعية للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل:** تأخذ المنازعات الموضوعية للصفقات العمومية الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل جملة من الصور أهمها:

**1. دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية:** إذا نازعت الإدارة المتعاقد معها في الحصول على المقابل المادي نظرا لما أوفى به من التزامات تعاقدية سواء في صورة ثمن أو رسم أو مبالغ ناتجة عن أشغال إضافية فإن بوسعه إقامة دعوى أمام المحكمة الإدارية للمطالبة بتلك المستحقات<sup>(2)</sup>.

ففي إطار الحصول على المقابل المالي أصدر مجلس الدولة الجزائري قرارا مؤرخا في

<sup>(1)</sup> -بزاحي (سلوى): مرجع سابق، ص: 125، 126.

<sup>(2)</sup> -عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكمي، مرجع سابق، ص: 307.

2004/01/20 قضية بلدية باتتة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات<sup>(1)</sup>، كما أصدر قرارا مؤرخا في 2003/04/15 قضية مقاوله الأشغال العمومية "لزعر ميلود" ضد بلدية تنس<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى إصداره قرارا مؤرخا في 2003/06/17 قضية المؤسسة الخاصة للأشغال العمومية والعمارات ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>(3)</sup>.

أما في إطار الحصول على مبالغ ناتجة عن أشغال إضافية أصدر مجلس الدولة قرارا مؤرخا في 2003/04/15 قضية ق.ع. لبلدية متليلي وموقفه من الجمع بين مبلغ الأشغال الإضافية والمطالبة بفوائد التأخير و الذي قال بخصوصه "...ان الطلب الخاص بالفوائد عن التأخير في تسديد وضعية مراجعة الاسعار الخاصة بالإشغال الاضافية ابتداء من سنة 1982 الى غاية 1993 لا اساس له خاصة و ان البلدية اجابته بالنسبة لهذه النقطة..."<sup>(4)</sup>، كما أصدر قرارا مؤرخا في 2005/07/12 قضية "ق.ع.ب" ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة و الذي جاء في حيثياته مايلي "...حيث ان الاشغال الاضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع ....، و ان صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى و ان لم يتلقى اي امر بانجاز هذه الاشغال..."<sup>(5)</sup>.

كما أنه بوسع المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء خطأ جهة الإدارة المتعاقدة وهو بصدد تنفيذه لتعاقده معها<sup>(6)</sup>، كأن تتخذ الإدارة إجراءات من شأنها الإساءة إلى مركز المتعاقد معها، وهو ما يسمى بنظرية فعل الأمير، وفي هذه الحالة فإن المقاول المتعاقد من حقه اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على تعويض يجبر الضرر اللاحق به نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد، وفي هذا الإطار اتجهت المحكمة الإدارية العليا بالدار البيضاء إلى أن قيام السلطة المحلية بالزيادة في أسعار الرسوم والمكوس المفروضة

(1)- قرار مجلس الدولة رقم 013565 مؤرخ في 2004/01/20 قضية بلدية باتتة ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية للبناء وتوفير الخدمات فهرس 83(غير منشور). نقلا عن: بوضياف (عمار): شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 322 هامش 105.

(2)- قرار مجلس الدولة رقم 008072 مؤرخ في 2003/04/15، مرجع سابق.

(3)- قرار مجلس الدولة رقم 007887 مؤرخ في 2003/06/17 قضية المؤسسة الخاصة للأشغال العمومية والعمارات ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوزريعة (غير منشور) نقلا عن بوضياف(عمار): مرجع سابق، ص: 322، هامش 105.

(4)- قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 006052 مؤرخ في 2003/04/15، مرجع سابق.

(5)- قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) فهرس 927 قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة مجلس الدولة عدد 7 لسنة 2005. انظر ملحق رقم 03 ص 37 منه .

(6)- خليفة(عبد العزيز): مرجع سابق، ص: 307.

على التجار والحرفيين للدخول إلى السوق الأسبوعي، خارج إطار العقد مع ما يترتب عن ذلك من مقاطعتهم للسوق وحصول أضرار للمكثري المتعاقد مع الإدارة يقتضي تعويضه تعويضا كاملا وفق نظرية فعل الأمير<sup>(1)</sup>، كما اتجهت المحكمة الإدارية بمراكش في الدعوى المقامة من طرف شركة "ماريبيل" على بلدية مراكش المدينة «من حق الشركة المدعية بعد إنجاز الأشغال المطلوبة منها لفائدة البلدية بمقتضى صفقة الأشغال المطلوبة، بمستحقاتها التي تبقى دينا بذمة البلدية المتعاقدة، الشركة المدعية تستحق تعويض عن التماطل بعد ثبوت إنذارها ومطالبتها لها بأداء مستحقاتها عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتسلم»<sup>(2)</sup>.

وعليه، يجب أن يكون التعويض مقابل جميع ما أصاب المتعاقد مع الإدارة من أضرار، أي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويقدر التعويض حسب مقدار الضرر لا جسامته الخطأ، وأساس ذلك هو المسؤولية العقدية، ويتولى القاضي بدوره تحديد مقدار التعويض بناء على ما طلبه المضرور.

لكن التساؤل الذي يثار بهذا الخصوص هو هل أن تقدير التعويض وقت الضرر أم على أساس الحكم في الدعوى وخاصة أن النقود في حالة تذبذب، أي ارتفاع وانخفاض في ظل الظروف الاقتصادية؟

الإجابة عن هذا التساؤل يكون من خلال الذهاب بالقول بأن الحكم بالتعويض ليس منشيء، وإنما كاشف يقرر حالة موجودة، لأنّ التعويض الكامل يتطلب من القاضي أن يقدر الضرر وقت إصلاحه لا وقت وقوعه، ففي حالة مثلا إنهاء الإدارة لعقد الأشغال العامة دون صدور خطأ من المقاول فإن الإدارة في هذه الحالة تلتزم بتعويض المقاول وخاصة إذا كان قبل حلول الأجل المتفق عليه في العقد.

وتكون هذه التعويضات على نوعين يتمثلان في التعويضات عن الأعمال المنجزة لغاية صدور قرار الإنهاء، أما النوع الثاني إنه يشمل تعويض المقاول على الكسب الذي فاتته لو أنجزت الأشغال المتفق على إنجازها<sup>(3)</sup>.

غير ان هناك تساؤل اخر والذي يخص الحق في التعويض في حالة رفض تعهد او استبعاده دون عرضه على لجان فتح الاظرفة او تقييم العروض؟

ففي الحالة الاولى رتب مجلس الدولة الحق في التعويض بموجب قرار له مؤرخ في

(1)-المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية قبل إبرام العقد، مرجع سابق.

(2)-www. ahewar. Org.

(3)-محمد جعفر الهاشمي (رشا): مرجع سابق، ص ص: 253-255.

2004/06/15 قضية بلدية العلمة ضد (هـ ع)، و الذي جاء في حيثياته مايلي "...و بما ان المستأنف لم يتلق رد بالإيجاب قام برفع دعوى...ملتئسا تعويضا عما لحقه من ضرر مادي و معنوي خاصة و ما فاتته من كسب ، اذ و ابتداء من تاريخ.... اي التاريخ الذي قبلت فيه لجنة التقييم....ان المستأنف ام يشارك في صفقات اخرى املا في الحصول على صفقة انجاز المشروع...

انه و باتخاذ البلدية قرار منح الصفقة للسيد... الذي رفضت لجنة تقييم العروض عرضه اضافة الى 9 مرشحين اخرين.... فان البلدية لم تاخذ بعين الاعتبار احكام مرسوم رقم 434/91، كما قامت بارتكاب مخالفة لقانون الصفقات العمومية و الحقت ضررا اكيدا بالمستأنف . ان الجهة القضائية الاولى و بفصلها على ذلك النحو فانها قدرت وقائع القضية تقديرا سليما و احسنت تطبيق القانون "... (1).

اما في الحالة الثانية فان مجلس الدولة الفرنسي قرر في حكمه الصادر بتاريخ 13 ماي 1987 قضية شركة "Wanner Isofi Isolation" بان استبعاد تعهد دون عرضه على لجان الصفقات يرتب الحق في التعويض، و اضاف في حكم اصداره بتاريخ 23 مارس 1994 قضية نقابة « Intercom du Golf Cognac » بان استبعاد احد المتعهدين لتقديم عروض بدون وجه حق يرتب له الحق في التعويض لا سيما اذا اثبت قيام حظه في الفوز بالصفقة لو شارك في المنافسة(2).

## 2. دعوى المطالبة بإبطال تصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لقواعد إبرام الصفقات العمومية:

لقد وضع تنظيم الصفقات العمومية قيود على حرية الإدارة في إبرام الصفقة العمومية، و الهدف هو تحقيق المصلحة العامة، و من بين هذه القيود: تحديد الأسلوب الذي تختاره الإدارة مع من يتعاقد معها وذلك لأن التعاقد في المجال الإداري تحكمه أساليب محددة لا يجوز الحياذ عنها، و هذه الأساليب هي المناقصة و التراضي متى توافرت موجبات كل أسلوب و هذا ما قضت به المادة 25 من تنظيم الصفقات العمومية قائلة: «تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي»(3).

و حول أثر مخالفة هذه الوسيلة من طرق الإدارة و التي حددها القانون فإنه يمكن للمتعاقد طلب

(1) -قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) رقم 014637، المؤرخ في 2004/06/15 قضية بلدية العلمة ضد (هـ ع)، انظر: ملحق رقم 3، ص 39 منه.

(2) -Bergeal (Catherine), Lenica (Frédéric), Op.cit, p269.

(3) -المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.



إبطال العقد لمخالفة الإدارة لإجراءات إبرامه وهذا لأن ذلك يخرج العقد من إطار المشروعية إلى عدم المشروعية إكمالاً لمبدأ ما بني على باطل فهو باطل، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1934 "LAURENÇON"<sup>(1)</sup>.

وبما أن تنظيم الصفقات العمومية أكد أن الصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلا بموافقة السلطات المختصة المذكورة في المادة 8 من تنظيم الصفقات العمومية مع إمكانية قيام هذه السلطات بتفويض صلاحيتها بهذا الخصوص<sup>(2)</sup>، فإنه يترتب على صدور قرار إبرام الصفقة من غير مختص عدم مشروعية هذا العقد، وعليه يمكن للمتعاقد طلب إبطاله، وهذا فعلاً ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 13 جويلية 1961 (شركة المقاولات العامة والأشغال العمومية لفرنسا وكولونيا)<sup>(3)</sup>.

وعليه فإنه يخضع لاختصاص القضاء الكامل كل دعوى يقيمها المتعاقد مع الإدارة بطلب إبطال تصرف صدر عنها خالفت فيه قواعد إبرام الصفقة، كما أن هذا المتعاقد يكون بوسعه الرجوع على الإدارة وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا ما أصابه ضرر<sup>(4)</sup>.

**3. المنازعات المتعلقة بفسخ عقد الصفقة العمومية:** يضم فسخ الصفقة العمومية 3 حالات، فقد يكون قضائياً أم إدارياً أم بقوة القانون، وهذا الأخير في الحقيقة لا يرتب منازعة إدارية لأن العقد بموجبه ينتهي دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويض سبب هذا الانتهاء.

أما الفسخ القضائي، فإنه يقصد به الفسخ الذي يحكم به القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الرابطة التعاقدية في حالة:

- **الإخلال بالالتزامات:**<sup>(5)</sup> وهذا ما أقره مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2003/12/16 قضية "حرازي عائشة" ضد بلدية "أولاد يعيش"<sup>(6)</sup>.

- عدم وجود اعتماد مالي أو عدم كفايته فهنا بوسع المتعاقد أن يطلب فسخ العقد والتعويض

(1)-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): ركن الخطأ في المنازعات الإدارية: مرجع سابق ص: 38 و 46 وانظر هذا: Bergeal (C) et Lenica (F): Op.Cit, P:123.<sup>(4)</sup>

(2)-انظر المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236 التضمن تنظيم الصفقات العمومية.  
(3)-Bergeal (C) Lenica (F): op cit, P :123.

(4)-Lajoyé (C): op cit, P :207.

(5)-بعللي (محمد الصغير): مرجع سابق، ص: 104.

(6)- قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 0011126 فهرس 917 المؤرخ في 2003/12/16 قضية "حرازي عائشة ضج بلدية أولاد يعيش" غير منشور نقلاً عن بوضياف (عمار) مرجع سابق ص: 323.

المناسب إذا كان لذلك مقتضى<sup>(1)</sup>. وهذا ما أقره مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/07/12 قضية "ثنية الأحد ضد (ز.د.)"<sup>(2)</sup>.

أما الفسخ الإداري الانفرادي فهو سلطة تتمتع بها الإدارة في مجال الصفقات العمومية وذلك في مواجهة المتعاقد معها وهذا ما أقرته المادة 112 فقرة 1، 2، و3 من التنظيم قائلة: «إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إنذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...

ولا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها...»<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ على هذا النص أنه تضمن إجراء جوهرية وهو الإعدار<sup>(4)</sup> قبل اللجوء إلى الفسخ ليكون هذا الأخير بمثابة جهة للإدارة ضد المتعاقد معها وأنها لم تبادر إلى الفسخ إلا بعد أن وجهت له الإنذار لتدارك الوضعية.

كما أن النص القانوني رفض الاعتراض على قرار فسخ الصفقة من طرف الإدارة في حالة تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد وعليه فإنه وفي غير هذه الحالات يمكن للمتعاقد منازعة الإدارة حول قرارها بفسخ العقد إذا لم توجه له هذه الأخيرة مثلا الإعدار في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.<sup>(5)</sup>

ومن خلال ما سبق فإنه ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بولاية قضاء كامل بالنظر في :

\*طلب المتعاقد مع الإدارة بفسخ التعاقد لإتيانها إخلالا جسيما بتنفيذ أي من التزاماتها التعاقدية أو تجاوزها للحدود المسموح بها في مجال استعمال سلطاتها في تعديل العقد الإداري كأن تضمن تغييرا في موضوع العقد أو محله، وهذا ما عبرت عليه المحكمة الإدارية بمراكش في قرارها، والذي جاء فيه «ليس هناك ما يمنع صاحب المشروع من الالتجاء للقضاء الإداري بشأن

(1)-خليفة(عبد العزيز): مرجع سابق ص: 36.

(2)- قرار مجلس الدولة (غرفة أولى) رقم 020289 فهرس 870 المؤرخ في 2005/07/12 قضية بلدية "ثنية الأحد ضد (ز.د.)" مجلة مجلس الدولة العدد 7 2005 ص: 86. ملحق رقم 03 ص45 منه.

(3)- المادة 112 فقرة 1، 2، 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 التضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(4)- نماذج عن أعذار، ملحق رقم 2 ص11 منه .

(5)- بوضياف(عمار): الصفقات العمومية في الجزائر مرجع سابق، ص ص: 237، 238.

فسخ عقد الصفقة...»<sup>(1)</sup>

\*منازعة المتعاقد مع الإدارة حول قرارها بفسخ العقد الإداري بإرادة منفردة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في الشأن بقولها: «...لما كان القرار المطعون فيه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استنادا إلى ما نسب إليه من خلال إخلال بالتزاماته التعاقدية...فإنه والحالة هذه يكون مستندا إلى الأحكام العقد، ومن ثمة فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل...»<sup>(2)</sup>.

4. دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية: يتسع مجال البطلان في العقود الإدارية عنها في العقود المدنية ويرجع ذلك إلى تعلق معظم القواعد التي تنظم العملية التعاقدية بالصالح العام.

وعلى أساس تقييم الفقه لأوجه البطلان في العقد الإداري<sup>(3)</sup> يمكن تعريف الدعوى المرفوعة بشأنها دعوى يقيمها أحد أطراف العقد بغية القضاء بإبطاله، حيث يشوبه عيب يتعلق بتكوينه أو صحته أو مخالفته لشكل أو جب القانون استيفاءه، وتخضع دعوى بطلان العقد لولاية القضاء الكامل إذا كان سندها هو تخلف أحد أركانه أو شروط صحته، أما إذا كان أساس الدعوى هو مخالفة العقد للشكل الذي أوجبه القانون فإن الاختصاص ينعقد لقضاء الإلغاء حيث أننا أمام خطوات تمهيدية سابقة على التعاقد<sup>(4)</sup>.

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

أ- **بطلان عقد الصفقة العمومية لعيب يتعلق بركن الرضا:** تبرم الصفقة بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة يتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة مثلا التي أعلنت عنها الإدارة، فإذا صادف هذا الإيجاب قيودا من جهة الإدارة بأن أرست عليه المناقصة ووصل إليه العلم بهذا الإرسال انعقد العقد، ويترتب لصحة هذا الأخير أن يكون صادر عن ذوي أهلية، وخاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الخط الجوهري، التدليس الصادر عن أحد الطرفين وكذا الإكراه.

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

<sup>(1)</sup>-Droit-Marco-blagspot.com.

<sup>(2)</sup>-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 308، 309.

<sup>(3)</sup>-جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 268، 269.

<sup>(4)</sup>-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق، ص: 309.

الإدارة<sup>(1)</sup>.

ب- **بطلان الصفقة العمومية لعيب في ركن المحل:** لقد طبق القضاء الإداري المبادئ المدنية المتعلقة بالمحل \_ والتي تتمثل في أن يكون موجودا ممكنا، معيناً أو قابلاً للتعيين وقابلاً للتعامل \_ على العقود الإدارية فيما عدا ما تستلزمه طبيعة هذه العقود وبالتالي فإنه يجوز إبطال عقد الصفقة العمومية إذا كان محلها متعارضاً مع النظام العام<sup>(2)</sup> لأنه سيكون عقد غير مشروع، وعليه فإنه لا يجوز مثلاً لإدارتين عموميتين التقدم بطلبات أو عروض فيما بينهما تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

ج- **بطلان عقد الصفقة لتخلف ركن السبب:** يشترط في ركن السبب في العقد الإداري أن يكون موجوداً ومشروعاً وإلا عد العقد باطلاً وتزول كل آثاره أيضاً، ويعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لكن يمكن أن ينشأ رغم ذلك حق لأحد طرفي العقد باقتضاء تعويض من الطرف الآخر تأسيساً على المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب والمثال على ذلك هو أنه في حالة اتفاق الإدارة على التعاقد مع أحد الطرفين للقيام بعمل لكنها أصدرت قراراً بإلغاء هذا التعاقد لانعدام جدواه رغم ما قام به هذا الطرف الآخر من أعمال لم ترفضها الإدارة بل استفادت منها، فالسبب هنا أصبح غير موجود وبالتالي أصبح العقد باطلاً، لكن الطرف الآخر افتقر وأثرت على حسابه الجهة الإدارية وعليه فإنه يصح له طلب التعويض<sup>(3)</sup>.

II. **المنازعات المستعجلة للصفقات العمومية الخاضعة للقضاء الكامل:** تخضع منازعات الصفقات العمومية في شقها الاستعجالي لولاية القضاء الكامل وذلك وفق الاعتبارات والشروط التالية:

#### 1. أساس اعتبار منازعات الصفقات مجالاً خاصاً للقضاء المستعجل بولاية قضاء كامل:

أكدنا فيما سبق بأن منازعات الصفقات العمومية تنتمي للقضاء الكامل فيختص القضاء الإداري بنظر كافة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من قرارات وإجراءات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل طالما لم يسقط الحق بمضي المدة، ويشمل اختصاص القضاء الإداري جميع الظروف وما يتفرع عن المنازعة الأصلية من

<sup>(1)</sup>-Bergeal (C) et Lenica(F): op cit, P :123

<sup>(2)</sup>-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص: 221.

<sup>(3)</sup>-خليفة(عبد العزيز): ركن الخطأ في المنازعات الإدارية: مرجع سابق ص: 59

و Lajoie (C) op cit p:207

طلبات فرعية وأمور مستعجلة<sup>(1)</sup> وهذا إعمالاً لمبدأ أن ما يختص بالأصل ينسحب اختصاصه إلى الفرع، وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري على هذا الرأي، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى أنه «غني عن البيان أن اختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها شأن الطلبات المستعجلة، فما دامت المحكمة المختصة بنظر الأصل فهي تختص بنظر الفرع أي الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري...»<sup>(2)</sup>.

إن الطلبات المستعجلة في منازعات الصفقات العمومية، تكتسي أهمية قصوى بالنظر إلى خصوصية هذه المنازعات التي يعد الوقت عاملاً مؤثراً فيها، وذلك لاعتبارات عدة، فعقد الأشغال العامة مثلاً يثير عدة إشكاليات تستوجب التدخل لاتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتل التأخير، مثل إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها أو التحقق من قيام القوة القاهرة التي يمكن أن يتمسك بها مستقبلاً كسبب يجعل المتعاقد يتحلل من التزاماته التعاقدية أو تقديم طلب إجراء خبرة لاعتماده كأساس للمطالبة بالتعويض<sup>(3)</sup>.

ولقد أثبت الواقع العملي كثرة اللجوء للقضاء المستعجل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية: كطلب المتعاقد مع الإدارة من القاضي تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص وإثبات ما قام به من أعمال لصالح الإدارة المتعاقدة قام بتسليمها إليها وذلك عندما ترفض الإدارة صرف مستحقاته المالية كلياً أو جزئياً عن أدائه لتلك الأعمال<sup>(4)</sup> والمثال على ذلك إصدار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة قراراً استعجالياً بتاريخ 2002/03/30 بتعيين الخبير (ب.م) لأجل معاينة الأشغال التي أنجزها المدعي وتقدير قيمتها نقداً وألزم هذا الخبير بالقيام بمهمته خلال 3 أشهر من تاريخ توصله بعلم اليقين<sup>(5)</sup>.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على اختصاصها بنظر الإذن بالحجز التحفظي حماية للحقوق الناشئة عن العقد تأسيساً على أنه ليس من شك في هذا الطلب من الإجراءات التحفظية العامة التي تستهدف حماية الحق الناشئ عن العقد الإداري والذي يستتهدز ولاية القضاء

(1)-عبدلي(سهام): مرجع سابق ص: 217.

(2)- قرار المحكمة الإدارية العليا طعن رقم 605 لسنة 23 ق جلسة 1980/01/26 نقلاً عن: عبد المنعم خليفة(عبد العزيز): العقود الإدارية وتسوية منازعات قضاء وتحكيما ص: 316.

(3)-droit-Marco.blogspot. com.

(4)-Bergeal (C) et Lenica(F): op cit, P :197.

(5)- قرار استعجالي صادر عن مجلس قضاء قسنطينة(الغرفة الإدارية) رقم 01/258 المؤرخ في 2002/03/30 بين (ب.أ) ومدير جامعة قسنطينة غير منشور، تم الإطلاع عليه فقط.

الكامل للقضاء الإداري بوصفه ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد<sup>(1)</sup>.

وترتيباً لما سبق فإنه يجوز طلب الإذن بالحجز التحفظي في منازعات الصفقات العمومية من رئيس المحكمة الإدارية باعتبارها الجهة الإدارية المختصة بالفصل في أصل الحق<sup>(2)</sup>، حيث يكون بوسعه أن يأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية في مواجهة المتعاقد بناء على طلب الإدارة كأن تأمر بتنفيذ بعض الأشغال أو وقف تنفيذها أو إلزام المقاول بتقبل المواد اللازمة لتنفيذ العقد، كما يمكن للمحكمة بناء على طلب الاستعجال أن تحكم للمتعاقد بوقف تنفيذ ما تتخذه الإدارة ضده من إجراءات تعاقدية إذ ترتب على تنفيذها أضرار يتعذر تداركها<sup>(3)</sup>.

ويستنتج مما سبق أن طلب الإذن بالحجز التحفظي في منازعات العقود الإدارية ليس طلب وقف متفرع عن دعوى إلغاء، ولا يهم في هذا الشأن أن يصفه صاحب الشأن بأنه وقف تنفيذ، إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى على حسب التكييف القانوني الصحيح، وبناء عليه انتهت المحكمة إلى نظر طلب وقف التنفيذ في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة<sup>(4)</sup>.

## 2. شروط قبول الدعوى الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية

**القضاء الكامل:** يتعين لقبول الطلب المستعجل في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية القضاء الموضوعي وكذا لتأكيد جدارة الطلب المستعجل لينظر فيه بولاية قضاء كامل.

أ- **توافر شرط الاستعجال:** المقصود بالاستعجال هو الخطر المحدق بالحق المطلوب رفعه بإجراء وقتي لا تعسف فيه وفق إجراءات التقاضي العادية، ويتحقق ركن الاستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب منه هو اتخاذه محافظة على الحق الذي يخشى عليه أمره لا يحتمل الانتظار حتى تعرض أصل النزاع على قضاء الموضوع<sup>(5)</sup>.

وفي مفهوم المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) فإنه لا وجود لحالة الاستعجال إذا كانت المدة الفاصلة بين الوقائع وتاريخ رفع الدعوى طويلة وهذا ما قرره في استئناف إداري مؤرخ في 16 ماي 1981 لقضية مؤسسة "أ.ع.ب" ضد الوالي ووزير الداخلية، حيث أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح

(1)- عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص: 317.

(2)- راجع أحكام المادتين 648 و 649 من ق.إ.م.إ.

(3)- جمال عباس (عثمان): مرجع سابق، ص: 277.

(4)- عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): مرجع سابق ص ص: 317 و 318.

(5)- طاهري (حسين): قضاء الاستعجال فقها وقضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن دار الخلدونية، 2005 ص

ولاية...وتقييمها إلى بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة وإسنادها إلى مقاول آخر وذلك أن الوقائع المادية المراد معاينتها وتقييمها تكون قد تغيرت بفعل الأشغال التي انطلقت فيها خلال شهرين كاملين<sup>(1)</sup>.

ولقد جاء في المادة 924 فقرة أولى من ق.إ.م.إ أنه: «عندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب...»<sup>(2)</sup>.

إن عنصر الاستعجال شرط أساسي لقبول دعوى الاستعجال، ولقد جعل من النظام العام أي لا يصوغ لطرفي الخصومة الاتفاق على وجود حالة استعجال من عدمها<sup>(3)</sup>.

ب- **شرط توافر أسباب جدية:** لقد عرف مجلس الدولة الفرنسي توافر أسباب جدية كشرط لقبول الدعوى الاستعجالية بأنها: «...تلك التي تعطي من أول وهلة أكبر فرصة ممكنة لكسب الدعوى...»<sup>(4)</sup>.

واعتبر قانون الاجراءات المدنية و الادارية شرط الأسباب الجدية الشرط الفوق العادة فهو عنصر حاضر ولو أنه لم ينص عليه بخصوص رفع دعوى استعجالية أمام القاضي الإداري بولاية قضاء كامل لكنه فعل ذلك في نص المادة 919 منه بشأن رفع دعوى استعجالية أمام قضاء الإلغاء وعليه فإنه أبقى تقدير جدية الأسباب التي أنبنى عليها الطلب المستعجل للقاضي وذلك بالقدر الذي يسمح له بتكوين رأي دون أن يستيق قضاء الموضوع وينتهي إلى تكوين عقيدة فيه<sup>(5)</sup>.

ج- **عدم المساس بأصل الحق:** لقد ألزم قانون الاجراءات المدنية و الادارية قاضي الاستعجال بأن لا يمس بأصل الحق وذلك بمقتضى المادة 918 منه<sup>(6)</sup>، إلا أننا لا نجد في الفقه القانوني الجزائري من يعرف أصل الحق ولكنه يعتمد على ذلك في قرار شهير صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 18/12/1985 والذي ينص في منطوقه على ما يلي: «إن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به هو السبب القانوني والذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير

(1)- قرار المحكمة العليا(الغرفة الإدارية) استئناف إداري رقم 237/63 صادر بتاريخ 16 ماي 1981: قضية

مؤسسة (أ.ع.ب) ضد الوالي ووزير الداخلية نقلا عن شيهوب( مسعود): مرجع سابق ص: 138.

(2)- المادة 924 فقرة أولى من ق.إ.م.إ.

(3)- طاهري (حسين): مرجع سابق، ص: 42

(4)-Overney (Sophie): Le référé de suspension de regulation de juge « AJDA » 20

Septembre 2001 N°9, P : 720.

(5)-عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق ص: 326.

(6)-انظر المادة 918 من القانون السابق.

والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما... بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره»<sup>(1)</sup>.

ولقد سنحت الفرصة للمحكمة العليا (الغرفة الإدارية) لتكرس بصراحة إرادة قانون الاجراءات المدنية و الادارية المتعلقة بعدم المساس بأصل الحق حيث اعتبر أن المطالبة بالديون الناتجة عن تنفيذ الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية تتعلق بأصل الحق ومن ثمة تخرج عن اختصاص القاضي الاستعجالي<sup>(2)</sup>.

ولقد أكد القضاء المغربي في العديد من المناسبات على اعتبار النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية لا يختص بالنظر فيها قاضي المستعجلات الإداري إذا كان البت فيها يمس بالجوهر وذلك تطبيقا للمواد 7 و19 من القانون رقم 41-90 المحدث بموجب المحاكم الإدارية<sup>(3)</sup>.

رغم ذلك فإن القاضي يمكنه أن يطلع على مستندات وأوراق الخصوم المتعلقة بأصل الحق وهو يفصل في ذلك ليحسم النزاع لكن ليتوصل إلى معرفة أي من الطرفين أجدر بالحماية القضائية واتخاذ الإجراء الوقتي<sup>(4)</sup>.

### **المطلب الثاني:**

#### **إجراءات سير الدعاوى أمام القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:**

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

ويعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية المجال الحيوي الذي يتحرك من خلاله القاضي والمتقاضي في كل المنازعات، بما فيها منازعات الصفقات العمومية بشقيها الموضوعي

(1)- قرار المحكمة العليا رقم 35444 مؤرخ في 18/12/1985 المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1990 عدد 1 ص46.

(2)- بلعابد(عبد الغني): الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر: مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام: فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008 ص: 21

(3)- المساوي(رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مرجع سابق.

(4)- بلعيد (بشير): القضاء المستعجل في الأمور الإدارية رسالة ماجستير منشورة، باتنة، مطابع قرفي، الجزائر 1995 ص: 61.



والاستعجالي، وذلك لأن هذا القانون يتناول الجانب المتعلق بالإجراءات المقررة لتسوية المنازعات الإدارية، حيث تنتظم هذه الإجراءات وفق مراحل تتطلق من رفع الدعوى (الفرع الأول) وتصل إلى صدور الحكم الفاصل فيها وكذا إمكانية الطعن فيه (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول:**

#### **رفع الدعوى أمام القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية:**

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

وتتعدّد الخصومة في المنازعات الإدارية بعد احترام شرط الميعاد في دعوى الإلغاء ولقد جعله قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقاعدة عامة محددة 4 أشهر سواء أمام المحاكم الإدارية أم مجلس الدولة عندما يفصل هذا الأخير بالدرجة الابتدائية والنهائية<sup>(1)</sup> غير أن دعوى القضاء الكامل على عكس دعوى الإلغاء لا يقيد إقامتها بميعاد معين، حيث يبقى ذلك متاحاً طالما بقي الحق موضوع الدعوى قائماً ولم يسقط بالتقادم<sup>(2)</sup>.

إن يتوجب لانعقاد الخصومة في منازعات الصفقات العمومية إتباع إجراءات صحيحة وهي:

#### **أولاً: إعداد عريضة الدعوى الإدارية:**

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

**1. ذكر بيانات عريضة الدعوى الإدارية:** تشتمل هذه العريضة على جملة من البيانات حددتها المادة 15 من ق.ا.م.ا والتي أحالت إليها المادة 816 منه وذلك تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وهي:

**1. ذكر الجهة القضائية التي تُرفع أمامها الدعوى:** يُشترط في العريضة الخاصة بالدعوى الإدارية أن تتضمن اسم الجهة القضائية المختصة إقليمياً ونوعياً كأن تكون محكمة إدارية أو مجلس الدولة.

**2. أطراف الخصومة:** ويجب أن تشتمل عريضة الدعوى الإدارية اسم المدعي ولقبه وموطنه وكذا اسم ولقب المدعى وموطنه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له مع الإشارة إلى تسميته وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي خاصة وأن

(1) - انظر المادتين 829 و 907 من ق.إ.م.إ.

(2) - الفؤاد (صالح): مبادئ القانون الإداري الجزائري: دار الكتاب اللبناني: لبنان ط4، - 1983 ص ص: 57 و 58.

أحد طرفي الدعوى في منازعات الصنفات العمومية جهة الإدارة فلا يشترط أن تكون هذه الجهة متمتعة بالشخصية المعنوية، فالوزارات ليس لها شخصية معنوية، بل هي جزء من شخصية الدولة بمعنى أن كل وزارة لا تتمتع بشخصية قائمة بذاتها ولكنها تنتمي إلى شخص الدولة<sup>(1)</sup>.

### 3. تحديد ملخص موضوع النزاع والطلبات والوسائل المؤيدة للحق فيه: لقد أكد قانون

الاجراءات المدنية و الادارية على ضرورة تقديم الوثائق والمستندات رفقة العريضة مع جرد مفصل عنها ما لم يوجد مانع يحول دون ذلك بسبب عددها أو حجمها وخصائصها ويؤشر أمين الضبط على هذا الجرد<sup>(2)</sup>، كما أوجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير مستعجلة عرض موجز للوقائع والأوجه المبررة للطلب الاستعجالي<sup>(3)</sup>.

وهذا في الواقع يبين أنه بدون عرض للوقائع وتحليلها وتقديم أساليب الطلب لا يمكن للخصم أن يقدم وسائل دفاعه ومناقشة طلب المدعي ولا يتمكن كذلك القاضي من الإحاطة بعناصر النزاع والفصل فيه<sup>(4)</sup> ولقد قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1985/10/12 قضية المقاوله العمومية لأشغال المياه ضد وزارة الصحة العمومية بأن المجلس القضائي لم يخالف القانون عندما نطق من حكم له بعدم قبول العريضة انطلاقا من كونها خالية من العرض الموجب للوقائع والوسائل<sup>(5)</sup>.

لكن ذلك لا يعني أنها من النظام العام بل يجوز تصحيحها وهذا ما دل عليه نص المادة 817 من ق.إ.م.إ الذي جاء فيه «يجوز تصحيح العريضة التي تثير أي وجه بإيداع مذكرة إضافية خلال أجل رفع الدعوى»<sup>(6)</sup>.

### II. ضرورة أن تكون عريضة الدعوى الإدارية مكتوبة ومؤرخة:

من بين خصائص قواعد الإجراءات الإدارية "الكتابة" لأن الشرط يوفر مزايا الدقة وثبات طلبات المدعي عكس التصريح الشفوي الذي يفتح المجال للتأويلات وعدم الدقة أحيانا في تحديد الطلب.

(1) - الطماوي(سليمان): الأسس العامة للعقود الإدارية: مرجع سابق، ص: 321.

(2) - انظر المادة 820 ق.إ.م.إ والمادة 904 التي أحالت إليها من القانون نفسه.

(3) - انظر المادة 925 من القانون نفسه.

(4) - شيهوب( مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: الهيئات والإجراءات ج 1 ص: 296.

(5) - قرار المجلس الأعلى للقضاء(الغرفة الإدارية) صادر بتاريخ 1985/10/12 قضية المقاوله العمومية لأشغال

المياه ضد وزارة الصحة العمومية، الجزائر، المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1990، ص: 209.

(6) - انظرا لمادة 817 من ق.إ.م.إ.

والكتابة التي يعتد هنا ليست مجرد أي كتابة<sup>(1)</sup> إنما هي تلك التي تأخذ شكل عريضة تودع لدى أمانة الضبط لعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف<sup>(2)</sup> مقابل وصل يثبت تسجيلها في سجلات الدعاوى بعد رفع رسومها القضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويفصل رئيس الجهة القضائية الإدارية في الإشكالات المتعلقة بالإعفاء من الرسم القضائي والإشكالات المتعلقة بجرد وإيداع الوثائق من ثمة فلا يعتد بالعريضة التي تأخذ شكل برقية ما لم يتم تأييدها بعريضة تتضمن البيانات والشروط المعروفة في عرائض افتتاح الدعوى<sup>(3)</sup> كما أن القاعدة في المواد الإدارية هي إلزامية تأريخ وتوقيع العريضة من قبل محام في جميع درجات التقاضي<sup>(4)</sup> والاستثناء هو إعفاء أشخاص المادة 800 من ق.إ.م.إ من هذا الشرط وجعله جوازيًا حيث توقع عرائضهم ومذكراتهم من طرف ممثلهم القانوني<sup>(5)</sup>، وبمفهوم المخالفة فإنه في منازعات الصفقات العمومية لا يمكن للمؤسسات العمومية الاقتصادية والصناعية والتجارية الاستغناء عن توقيع عرائضهم من قبل محامين، ويجدر بنا التذكير إلى أنه يتعين أن يكون المحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام مجلس الدولة، أما إذا كانت مرفوعة أمام المحاكم الإدارية فإنه يُمثل الخصوم بمحام معتمد لدى المجلس القضائي أو المحكمة العليا ومجلس الدولة .

### III. توفر شروط قبول كل دعوى متعلقة بمنازعات الصفقات العمومية:

وتعني بذلك الصفة والمصلحة، الميعاد، حالة الاستعجال في الدعوى الاستعجالية...

أما بالنسبة للأهلية فإنها لم تعد من شروط قبول الدعوى في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية لأن القاضي يثيرها تلقائيًا كما يثير تلقائيًا انعدام التفويض بممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي<sup>(6)</sup>.

### ثانيا: إيداع عريضة الدعوى الإدارية وتبليغها للخصوم:

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

(1)- شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص: 291.

(2)- انظر: المادة 14 من ق.إ.م.إ. أحالت إليها 816 منه.

(3)- انظر: المواد: 821، 823، 825 من القانون نفسه وكذا المادة 904 التي أحالت إليها والمادة 905 من القانون نفسه.

(4)- انظر المادة 815 من ق.إ.م.إ. أحالت إليها 904 منه و المادتين 826 ، 905 من القانون نفسه.

(5)- انظر المادتين 827 و 905 من القانون نفسه.

(6)- المادة 65 من القانون نفسه.

### 1. إيداع عريضة الدعوى الإدارية:

تتعدّد الخصوم الإدارية بإيداع العريضة بالأوضاع والشكليات التي يتطلبها القانون لدى أمانة الضبط للمحكمة الإدارية أو مجلس الدولة مقابل دفع الرسم القضائي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ثم تقيّد بعد ذلك العريضة عند إيداعها سجل خاص يمسك بأمانة الضبط، ويقوم أمين الضبط بعد ذلك بتسليم وصل يثبت إيداع العريضة كما يؤشّر على إيداع مختلف المذكرات والمستندات وتقيّد العرائض وتقيم في السجل حسب ترتيبها ودورها، كما يقيد التاريخ ورقم التسجيل على العريضة وعلى المستندات المرفقة بها<sup>(1)</sup>.

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

### II. تبليغ عريضة الدعوى الإدارية للخصوم:

لقد تأكّد لنا أن الطعون في المسائل الإدارية مقامة بمجرد إيداع عريضة في تاريخ معين لدى كتابة الضبط أو قلم كتاب المحكمة وذلك وحده يكفي لترتيب كافة الآثار القانونية سواء من حيث اعتبار الدعوى مقامة أو من حيث تحديد هذه الدعوى، أما ما يلي ذلك من إجراءات كإعلان العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية أو إلى ذوي الشأن فليست ركنا من أركان الدعوى الإدارية أو شرطا لصحتها، وإنما هي إجراءات مستقلة لا يقوم بها أحد طرفي المنازعة وإنما تقوم بها الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى من تلقاء نفسها<sup>(3)</sup>.

وفي قانون الإجراءات المدنية القديم كان العضو المقرر هو الذي يقوم بتبليغ عريضة الدعوى الإدارية للخصوم إذا نصت المادة 170 منه على ما يلي: «...المقرر يقوم بتبليغ العريضة إلى كل من المدعي عليه في الدعوى مع إنذاره بأن يودع مذكرة بالرد مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد الخصوم وذلك في المواعيد التي يحددها وتبلغ العرائض المقدمة ضد قرار وزاري أو ضد قرار صادر لصالح الدولة إلى الوزراء المختصين مباشرة»<sup>(4)</sup>.

غير أنه في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة فإن الوضع تغير لأنه بعد إتمام

(1) - انظر: المواد 821، 823، 824 من ق.إ.م.إ. والمادة 904 التي أحالت إليها من القانون نفسه.

(2) - انظر: المادة 302 من نفس القانون نفسه.

(3) - الجرف (طعيمة): رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة قضاء الإلغاء دار النهضة العربية القاهرة 1994

ص: 293.

(4) - المادة 170 من ق.إ.م. القديم.

إجراءات إيداع العريضة فإنه تودع المذكرات والوثائق المقدمة من الخصوم بأمانة الضبط، ويتم تبليغ عريضة افتتاح الدعوى عن طريق محضر قضائي، أما المذكرات ومذكرات الرد فيتم تبليغها عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر<sup>(1)</sup> المعين من قبل رئيس تشكيلة الحكم والذي يزداد دوره في الدعاوى الإدارية بسبب الدور التدخلّي الذي يمتاز به قاضي القانون الإداري.

ويجدد القاضي المقرر بناء على ظروف القضية الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية والملاحظات وأوجه الدفاع والردود ويجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند أو أي وثيقة تفيد في فض النزاع<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز تبليغ الأعمال الإجرائية إلى ممثلي الأطراف<sup>(3)</sup>، كما تبلغ كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق إلى الخصوم برسالة مضمّنة مع الإشعار بالاستلام أو عن طريق محضر قضائي عند الاقتضاء.

ولقد أكد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ضرورة الإشارة في تبليغ العرائض والمذكرات إلى أنه في حالة عدم مراعاة الأجل المحدد من طرف القاضي لتقديم مذكرات الرد يمكن اختتام التحقيق دون إشعار مسبق<sup>(4)</sup> إلا أنه سمح بتصحيح العريضة إذا كانت معيبة بعيب يرتب عدم قبولها حتى ولو فات الميعاد وذلك من طرف المعنيين<sup>(5)</sup>.

وإذا كانت الدعوى الإدارية استعجالية فإن العريضة تبلغ رسمياً إلى المدعى عليهم وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة أو مجلس الدولة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغنى عنها دون إعدار<sup>(6)</sup>.

### **ثالثاً: إعداد ملف الدعوى الإدارية:**

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

1. **إجراءات الصلح والوساطة:** يعتبر الصلح والوساطة من الطرق البديلة لحل النزاعات بدل القضاء، حيث يقوم القاضي بعرضها على الخصوم وذلك كما يلي:

(1)- انظر: المادة 838 من ق.إ.م.إ. والمادة 915 التي أحالت إليها من نفس القانون نفسه.

(2)- أنظر: المادة 844 فقرة 2 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 915 منه.

(3)- انظر: المادة 839 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 915 منه.

(4)- انظر: المادة 840 فقرة 1 و 2 من القانون نفسه أحالت إليها 915 منه.

(5)- انظر: المادة 848 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 915 منه.

(6)- انظر: المادة 926 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 915 منه.

### 1. إجراء الصلح:

تنص المادة 970 من ق.إ.م.إ على أنه: «يجوز للجهات القضائية الإدارية إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل»<sup>(1)</sup>، وأضافت المادة 971 من نفس القانون ما يلي: «يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة»<sup>(2)</sup>، واشترطت المادة 774 أنه «لا يجوز للجهة القضائية الإدارية أن تباشر الصلح إلا في المنازعات التي تدخل في اختصاصها»<sup>(3)</sup>.

ويستنتج من ذلك أن قانون الاجراءات المدنية و الادارية أجاز إجراء الصلح في منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل لتعلقها بحق شخصي لا يقبل المساومة والتنازل من قبل صاحبه، في حين أنه رفض إجراء الصلح ضمناً في نزاعات المشروعية تحت إشراف القاضي لأن القرار الإداري محل الخلاف يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع وليس هناك مجال للمصالحة أو حل وسط، إلا إذا كانت العملية تقتضي سحب القرار الإداري من طرف الإدارة<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن قانون الاجراءات المدنية و الادارية أحسن صنعا عندما فرق في إجراء الصلح بين الدعاوى الشخصية والدعاوى الموضوعية، وهذا يتلاءم ومنازعات تنفيذ الصفقات العمومية الخاضعة لولاية القضاء الكامل، كما أن هذا القانون لم يقيد إجراء الصلح لمدة معينة إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويبقى القاضي بماله من سلطة تقدير تحديد المكان والزمان المناسبين لإجرائه، ما لم توجد نصوص تخالف ذلك<sup>(5)</sup>.

ولإجراء الصلح مظهرين هما حسب نص المادة 792 من ق.إ.م.إ:

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

\* إما بسعي من رئيس تشكيلة الحكم بشرط قبول الخصوم لهذا الصلح<sup>(6)</sup>.

وبالتالي فالصلح اتفاق بمقتضاه ينهي به أطراف الخصومة النزاع وبالتالي اتفاق صادر عن أطراف الخصومة بعد توجيه القاضي له، ولقد كان يقوم به القاضي وجوبياً في قانون الإجراءات المدنية القديم، وتغير طابعه وأصبح جوازياً في القانون الجديد.

(1)- المواد من 970 ق.إ.م.إ.

(2)- المادة 971 من القانون نفسه.

(3)- المادة 974 من القانون نفسه.

(4)- خلوفي (رشيد): مرجع سابق، ص: 168.

(5)- المادة 991 من ق.إ.م.إ.

(6)- المادة 972 من القانون نفسه.

إن القاضي في الصلح هو كل شيء قاضي ومصالح<sup>(1)</sup> وعليه فإذا حصل صلح يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضرا يبين ما تم الاتفاق عليه ويأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن<sup>(2)</sup> ويوقع كل من الخصوم والقاضي وأمين الضبط على هذا المحضر، ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية ليصبح سند تنفيذ<sup>(3)</sup> وتنتهي بذلك الخصومة.

ولقد طبق إجراء الصلح من طرف رئيس المحكمة الإدارية "LYON" في إطار دعوى فسخ صفقة عمومية وتعويض المتعاقدين مع Boulevard périphérique de Lyon.<sup>(4)</sup>

## 2. إجراء الوساطة:

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

إن الهدف من وراء نظام الوساطة هو تمكين الأطراف من الحديث إلى بعضهم البعض بطريقة تهدف إلى حل المشكلات التي تنشأ وإزالة سوء التفاهم حول النقاط التي ثارت بينهم<sup>(5)</sup>.

ولقد جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوساطة إجراء وجوبيا، حيث يعرضها القاضي على الخصوم بحيث إذا قبلوها عين وسيط<sup>(6)</sup>، وقد يتم النص عليها بعقد الصفقة أو عقد امتياز المرافق العامة<sup>(7)</sup>.

ويكون الوسيط شخص طبيعي أو جمعية بحيث يعين رئيسها أحدا من أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك، ولا بد أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة مع ضرورة حياده واستقلاله في ممارسة الوساطة وأن يكون أهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه...<sup>(8)</sup> خاصة إذا تعلق الأمر بمنازعة صفقة عمومية دولية إذ يجب أن يكون ملما بنواحي التجارة الدولية والاقتصادية وأن يكون على دراية باللغات الأجنبية ويستطيع الفصل في النزاع على نحو يتفق ومقتضيات المتغيرات الاقتصادية

(1)-Gerard (Marcou) : et Amould ( Noury), Op Cit .P : 109.

(2)- المادة 973 من ق.إ.م.إ.

(3)- المادتين 992 و 993 من القانون نفسه.

(4)-Bergeal(Catherine), Lenica (Frederic), op cit, P : 109.

(5)-Nael(G) : Bussni the fidic form of contact 4<sup>nd</sup> ed of reed book, 2<sup>nd</sup> edition, 1997, P: 425.

(6)- المادة 994 من ق.إ.م.إ.

(7)-Bergeal(C), Lenica(F) :Op Cit: P : 270 .

(8)-المادتين 997 و 998 من القانون السابق.

الدولية ويكون قراره أكثر عدالة لإطراف النزاع<sup>(1)</sup>، كما يجب أن يحفظ قدرا من السرية وأن يحرس على عدم تسرب كل ما يتعلق بالمنازعة لأي طرف آخر، خلاف الأطراف المتنازعة .

ويعين الوسيط بناء على أمر يتضمن موافقة الخصوم وتحديد الآجال الأولى الممنوحة له للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، وتبليغ نسخة من هذا الأمر عن طريق أمين الضبط إلى الوسيط والخصوم كما يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة<sup>(2)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الوساطة يمكن أن تمتد إلى كل النزاع أو جزء منه وأن مدتها لا تتجاوز 3 أشهر مع إمكانية تحديدها لمدة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء أو الخصوم أو تلقائيا<sup>(3)</sup>.

وإذا أنهت الوساطة باتفاق الأطراف يحرر الوسيط محضرا يتضمن محتوى الاتفاق ويوقعه مع الخصوم ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا ليقوم بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سند تنفيذيا، ولقد أزم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الوسيط بحفظ السر إزاء الغير وهذا حتى يضمن تنفيذ هذا الاتفاق لمطابقتها للمبادئ العامة للقانون الإداري خاصة ما تعلق منها بالنظام العام.

إذن كل من الصلح والوساطة وسائل بديلة لحل النزاعات بما فيها النزاعات الإدارية وهي أكثر نجاعة نظرا لما توفره على الدولة من نفقات ومصاريف وما توفره من وقت<sup>(4)</sup> خاصة وأن أشخاص الصفقات العمومية يباشرون أنشطة لإشباع الحاجات العامة ويحققون مشاريع هامة يكتسي إنجازها الطابع الاستعجالي.

**II. إجراء التحقيق:** إذا فشل كل من الصلح والوساطة فإنه يبقى ما دار فيهما من تصريحات الملف والسر، ومن هذا الإطار إذا تبين لرئيس المحكمة الإدارية أن حل القضية مؤكدا<sup>(5)</sup> فإنه يقرر بالا وجه للتحقيق في القضية ويرسل الملف إلى محافظ الدولة ليقدم التماساته، أما إذا كان التحقيق ضروري فإنه يقوم رئيس المحكمة الإدارية بتعيين التشكيلة التي تفصل في الدعوى بمجرد قيد

(1)-عبد المجيد إسماعيل (محمد): مرجع سابق، ص: 323، 324.

(2)-المادتين: 999 و 1000 من ق.إ.م.إ.

(3)-المادة 995 فقرة أولى والمادة 996 من القانون نفسه.

(4)-المواد من 1003 إلى 1005 من القانون نفسه.

و بن صاولة (شفيقة): الصلح والوساطة كطريقتين بديلتين لحل النزاع الإداري: مقال منشور بمجلس الدولة في

إطار مستجدات قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، دون تاريخ ص: 59.

(5)-المادة 847 من ق.إ.م.أ. أحالت إليها المادة 915 منه.



عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط<sup>(1)</sup>.

### 1. دور رئيس تشكيلة الحكم وأطراف النزاع في التحقيق:

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

كما يجوز لرئيس تشكيلة الحكم عندما تقتضي ظروف القضية أن يحدد فور تسجيل العريضة التاريخ الذي يختتم فيه التحقيق ويعلم الخصوم به عن طريق أمانة الضبط<sup>(2)</sup>.

وهنا يبرر الدور المخول للقاضي المقرر في توجيه الدعوى والتحقيق فيها إذ عندما تصبح القضية جاهزة للحكم فيها وتتقضي المواعيد الممنوحة لتقديم المذكرات، فهو مدعو لإيداع تقرير مكتوب ويحيل الملف إلى محافظة الدولة<sup>(3)</sup> الذي يتولى مهمة النيابة العامة.

وإذا كانت النصوص الخاصة بالدعوى الإدارية لا تشير إلى حقيقة ومحتوى هذا التقرير فإن النصوص الخاصة بالدعوى العادية وهي واجبة التطبيق في غياب النص الخاص تشير إلى أن المستشار المقرر بالمجلس يضمن في تقريره المكتوب الوقائع والإجراءات والأوجه المثارة والمسائل القانونية المعروضة للفصل فيها والطلبات الختامية للخصوم، ويبدو أن المستشار المقرر لا يبدي رأيه في الإشكالات المعروضة عليه ولو أن المادة لا تشير إلى ذلك صراحة، ولقد تمنى الأستاذ "شيهوب مسعود" أن لا تهمل المحاكم الإدارية نظام التقرير كما فعلت المجالس القضائية، حيث أثبت الواقع العملي أن المستشار المقرر لا يتلو تقريره في الجلسة كما ينص عليه القانون وفي ذلك مخالفة جوهرية في الإجراءات تعرض الحكم للإلغاء عند استئنافه لأن هذا العرض يشكل مخالفة لنص المادة 884 من ق.إ.م.إ من جهة ومن جهة أخرى يؤدي إلى تجميد نظام المستشار المقرر وطمس دوره في الوقت الذي يتعين دعم هذا الدور<sup>(4)</sup>.

أما إذا كانت الدعوى استعجالية فإنه يجوز لقاضي الإستعجال بناء على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو التحقيق، وتبلغ هذه العريضة

(1)-المادة 844 فقرة أولى من ق.إ.م.إ. أحالت إليها المادة 915 منه.

(2)-المادة 844 فقرة 2، 3، 4 من القانون نفسه.

(3)-المادة 846 فقرة أولى من القانون نفسه أحالت إليها المادة 915 منه.

وانظر المادتين 15 من قانون مجلس الدولة و5 من قانون المحاكم الإدارية.

(4)-شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات ج 1: مرجع سابق ص ص:285

رسميا وحالا إلى المدعى عليه مع تحديد أجل للرد من قبل المحكمة<sup>(1)</sup> كما يحيل القاضي المقرر وجوبا ملف القضية مرفقا بالتقرير والوثائق الملحقة به إلى محافظ الدولة ليقيم هذا الأخير تقريره المكتوب في أجل شهر واحد من تاريخ استلام الملف<sup>(2)</sup>.

## 2. وسائل التحقيق:

تعد منازعات الصفقات العمومية من طبيعة خاصة لأن أحد أطرافها سلطة عامة تتمتع بسلطات الإكراه القانوني، اتجاه الطرف الآخر بالتالي فالخصومة فيها تتميز بعدم المساواة بين المتقاضين لهذا السبب جعل قانون الاجراءات المدنية و الادارية طرق الإثبات لمواجهة الإدارة هي تقريبا ذاتها ووسائل التحقيق في المنازعة الإدارية، وتتمثل هذه الوسائل في:

أ- الخبرة: تعد الخبرة القضائية أحد طرق الإثبات حيث يحتاجها العمل القضائي كلما صادف النزاع المطروح مسألة يتطلب عليها معلومات فنية بعيدة عن المجال الأصلي لتقافة القاضي حيث أجاز هذا القانون لهذا الأخير تكليف أشخاص فنيين مختصين للقيام بها<sup>(3)</sup>.

ولقد أحالت المادة 858 من ق.إ.م.إ إلى تطبيق إجراءات الخبرة المنصوص عليها في المواد من 125 إلى 145 من نفس القانون على المنازعات الإدارية.

والجدير بالإشارة إليه هو أن الخبرة في مجال قضاء الشرعية تكاد تنعدم عكس ما هو عليه الأمر في قضاء المسؤولية والواقع العملي يبرز بعض الخصوصية لها<sup>(4)</sup>.

ولقد جعل قانون الاجراءات المدنية و الادارية إجراء الخبرة وازيا سواء أمر بها القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم بغية تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة<sup>(5)</sup>، أما في الأمور المستعجلة فإن القاضي يأمر في الغالب بتعيين خبير بناء على طلب أحد الأطراف كطلب أصلي وليس فرعي<sup>(6)</sup> لأنه لو عين الخبير قاضي الأمور المستعجلة فإن في ذلك مضیعة للوقت ومن شأنه أن يؤدي إلى مزيد من الانتظار وما يترتب عنه من حدوث

(1)- المادتين 9 و 941 من ق.إ.م.إ.

(2)-المادة 897 فقرة أولى من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(3)- تراعي (نعيمة) ، هنوني (نصر الدين) تقديم خلوفي (رشيد): الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية: دار هومة طر 2009 ص:10.

(4)-Pastorel(Jean-Paul) : L'expertise dans le contentieux administratif : ed LGDJ paris 1994, PP5 , 29.

(5)-المادة 126 من ق.إ.م.إ أحالت إليها المادة 858 منه.

(6)- تراعي (نعيمة)، هنوني (نصر الدين)، تقديم خلوفي (رشيد): مرجع سابق، ص: 51 و 52.

أضرار بالغير يصعب إصلاحها فيما بعد<sup>(1)</sup>.

ولقد أصدرت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة قرارا تمهيديا بتاريخ 2002/03/30 في قضية(ب.أ) ضد مدير جامعة منتوري بتعيين السيد(ب.م.ش) خبيرا أسندت له مهمة الانتقال إلى محل الأشغال ومعاينتها ماديا وتحديد الأشغال التي أنجزت من قبل المدعي(مقاول) حسب طلبات الخدمة وتقدير قيمتها نقدا<sup>(2)</sup>.

وأكد مجلس الدولة أن الخبير لا يخرج عن حدود مهمته التي أسندت إليه للقيام بها بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 2000/11/20 قضية السيدة "يعيش" ضد والي ولاية البليدة ومن معه<sup>(3)</sup>.

وإذا تبين للقاضي أن النتائج التي بني عليها الخبير تقديره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له أن يأمر باستكمال التحقيق أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية<sup>(4)</sup>، وهذا ما قضى به فعلا مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 1999/12/20 قضية رئيس المندوبية التنفيذية عين التين ولاية ميله ضد/بن حركو محمد الطاهر و الذي جاء فيه «ان الخبير ارتكب اخطاء في مراجعة المبالغ .... كما اعتمد على نسب مئوية لتوزيع المبلغ... نجدها فاقت نسبة مئة بالمئة و ان كل ذلك يشكل خرقا للقانون و خلافا للمعطيات المقدمة للخبير و كذا نصوص الصفقة ...»

قبل الفصل، تعيين السيد..... خبير في الحسابات للقيام بالمهمة التالية :

استدعاء الطرفين ، و الاطلاع على الوثائق و تحديد مبلغ مراجعة الاسعار، و للخبير مهلة ثلاثة اشهر لوضع تقريره لدى كتابة ضبط مجلس الدولة ،...»<sup>(5)</sup>.

ويفهم من ذلك أن القاضي يمكنه أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة وذلك إذا ألم الخبير بجميع عناصر المهمة الملقاة على عاتقه ولم يخرج عن الحدود المرسومة له من قبل القاضي الإداري، وفي هذه الحالة يعتبر تقريره دليلا للإثبات، كما يمكن للقاضي أن يلتزم برأي الخبير

(1)- بلعيد (بشير): مرجع سابق ، ص ص:15 و 158.

(2)- قرار تمهيدي صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة رقم 05/579 بتاريخ 2002/03/30 بتعيين

خبير وإسناد المهام له قضية ب.أ ضد مدير جامعة قسنطينة (غير منشور، تم الإطلاع عليه فقط)

(3)- قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2000/11/20 قضية السيدة يعيش ضد والي ولاية البليدة ومن معه (قرار غير

منشور).

(4)-المادة 141 ق.إ.م.إ أحالت إليها المادة 858 منه.

(5)-قرار مجلس الدولة، (غرفة 3)، مؤرخ في 1999/12/20، قضية رئيس المندوبية التنفيذية عين التين ولاية

ميله، ضد بن حركو، محمد الطاهر. انظر: ملحق رقم 3، ص 41 منه .

وأمام هذا لوضع عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة<sup>(1)</sup>.

#### ب- شهادة الشهود:

شهادة الشهود هي أحد طرق الإثبات التي نظمت في المواد من 150 إلى 162 من ق.إ.م.إ. ولقد أحالت المادة 859 من نفس القانون لتطبيقها كوسيلة تحقيق في منازعة إدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية، إذ يمكن لرئيس تشكيلة الحكم أو القاضي المقرر الذي يقوم بسماع الشهود أن يستدعي أي شخص يرى سماعه مفيد بما فيه أعوان الإدارة أو يطلب حضورهم لتقديم الإيضاحات<sup>(2)</sup>.

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

#### ج- المعاينة والانتقال إلى الأماكن:

لقد نص على هذا الإجراء قانون المحاكم والمجالس الإدارية لفرنسا في المادة 171 من المرسوم المؤرخ في 29 مايو 1997 الذي سمح للقاضي بالانتقال إلى الأماكن في الإجراءات التنزعية القضائية الإدارية، من أجل أن يتعرف بدقة على الوضعية القانونية للشيء موضوع الدعوى<sup>(3)</sup>.

ولقد أقرت هذا الإجراء المواد 140 إلى 149 من ق.إ.م.إ. وأحالت المادة 861 من نفس القانون على تطبيقه في مجال المنازعات الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية.

ولقد جعل هذا الإجراء جوازا لقاضي المنازعات الإدارية إذ باستطاعته الأمر به حتى ولو لم يطلبه الخصوم ، وذلك قصد القيام بمعاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إن اقتضى الأمر ذلك، حيث يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات.

وقد يتقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية لكن يمكن تنفيذه من قبل

(1)-المادة 144 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 858 منه.

(2)-المادة 860 من القانون نفسه.

(3)-بن الشيخ آت ملويا(حسين): مبادئ الإثبات في المنازعة الإدارية ، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع ، طبعة

2000 الجزائر ص: 162.

القاضي المقرر، وفي حالة غياب الخصوم أو أحدهم<sup>(1)</sup> يجوز للقاضي أن يأمر تلقائياً باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً<sup>(2)</sup>.

وإذ تطلب موضوع الانتقال معارفاً تقنية فيجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته، كما يمكن له أثناء تنقله سماع أي شخص من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة وفي نفس الظروف يجوز له سماع الخصوم، وعند انتهاء القاضي من مهمته المتعلقة بالمعاينة يعد محضراً بكافة الإجراءات والأعمال التي قام بها ويوقعه وأمين الضبط ويودعه ضمن الأصول بأمانة الضبط ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر<sup>(3)</sup>.

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

#### د-مضاهاة الخطوط:

لقد نص على هذه الوسيلة في المواد 164 إلى 174 من ق.إ.م.إ. وأحالت المادة 862 إلى تطبيقها في المنازعات الإدارية.

ومضاهاة الخطوط تعني مقارنة الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم للشخص الذي يتمسك بالورقة العرفية في مواجهته بخط أو إمضاء أو بصمة أو ختم ثابت له<sup>(4)</sup>.

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

\* التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية.

\* الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها.

\* الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره<sup>(5)</sup>.

(1)-المادة 146 من ق.إ.م.إ. أحالت إليها المادة 861 منه.

(2)-المادة 85 من القانون نفسه.

(3)- من المادة 147 إلى المادة 149 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 861 منه.

(4)-محددة(محمد): الإثبات في المواد الإدارية: مجلة الاجتهاد القضائي عدد 2 د.ت، مخبر أثر الاجتهاد القضائي

على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص:88.

(5)-المادة 167 من ق.إ.م.إ. أحالت إليها المادة 862 منه.

وقد تكون دعوى مضاهاة الخطوط طلبا فرعيا، متعلقا بمحرر عرفي يختص بالفصل فيه القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، كما يمكن تقديم هذه الدعوى كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة<sup>(1)</sup>.

وأثناء الجلسة إذا اعترف المدعى عليه بكتابة المحرر أعطى القاضي للمدعي إسهاد بذلك<sup>(2)</sup> أما في حالة الإنكار أو عدم الاعتراف أو تغيب المدعى عليه رغم صحة تكليفه فإنه يمكن للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير مشجعة على الفرض في النزاع.

وفي حالة العكسية يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط كما يأمر بإجراء مضاهاة للخطوط اعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود، وعند الاقتضاء بواسطة خبير، وبذلك يبلغ ملف القضية للنيابة العامة (محافظة الدولة) لتقديم طلباتها المكتوبة، وإذا عرضت القضية أمام القاضي الجزائي، يتم إرجاء الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية<sup>(3)</sup>.

وإذا ثبت من مضاهاة الخطوط أن المحرر محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار إلى خمسين ألف دينار جزائري دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية والمصاريف<sup>(4)</sup>.

رغم وجود نص على إجراء مضاهاة الخطوط في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية إلا أن هذا الإجراء غير ملزم للقضاء، فللمحكمة أن تقضي بصحة الورقة أو بردها أو بطلانها إذا رأت أن الدعوى ومستنداتها كافية في ذاتها لإقناعها<sup>(5)</sup>.

#### **هـ- التدابير الأخرى للتحقيق:**

نصت المادة 863 من ق.إ.م.إ على التدابير الأخرى للتحقيق بحيث ذكرتها بـ: «غير تلك الواردة في المواد من 858 إلى 861 أي المذكورة أعلاه...»<sup>(6)</sup> بمعنى أنه يمكن إعمال وسائل تحقيق أخرى في المنازعات الإدارية بما فيها منازعات الصفقات العمومية كالإقرار والقرائن وغيرها.

(1)- المادة 164 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 862 منه.

(2)- المادة 172 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 862 منه.

(3)- المادتين 165 و 173 من ق.إ.م.إ أحالت إليهما المادة 862 منه.

(4)- المادة 174 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 862 منه.

(5)- محدة (محمد) : مرجع سابق ص: 88.

(6)- المادة 863 من ق.إ.م.إ.

إن المطلع على قانون الإجراءات المدنية الإدارية يجد أنه لم يعتمد على اليمين كوسيلة تحقيق أمام القضاء الإداري وهذا بسكوت النصوص التي تحيل إليها، ويعلل بعض رجال الفقه ذلك على أساس كون كل من اليمين الحاسمة أو المتممة تتنافى مع طبيعة الدعوى الإدارية، لأن وقائع المنازعة الإدارية تكون في العادة مسجلة سلفاً بملفات وسجلات الأمر الذي يتيح للمحكمة الحصول على الدليل اللازم.

كما أن ممثل الجهة الإدارية ليس كالفرد الطبيعي صاحب الحق ممتاز بالثبات والاستمرار، وإنما قد يتناوب ويتغير أكثر من ممثل للإدارة عند قيام النزاع، وقد يكون هذا الممثل لا علاقة له بتلك الواقعة، ولا علم له أصلاً عند وقوعها، مما يجعل حلفه اليمين في غير محله، وبالتالي فاليمين لا تصلح كوسيلة تحقيق في منازعات الصفقات العمومية<sup>(1)</sup>.

وتنص المادة 864 من ق.إ.م.إ على أنه: «عندما يؤمر بأحد تدابير التحقيق يجوز لتشكيلة الحكم أن تقرر إجراءات تسجيل صوتي أو بصري أو سمعي بصري لكل العمليات أو لجزء منها»<sup>(2)</sup>.

إن هذا الإجراء نشأ بفرنسا للتحقيق والإثبات وتمت المصادقة عليه بموجب القانون رقم 23/2000 المؤرخ في 13/03/2000، المتضمن مطابقة قواعد الإثبات بتكنولوجيا الإعلام والخاصة بالإمضاء الإلكتروني، وكذلك المرسوم التنفيذي الخاص بها والحاصل رقم 87/2001 المؤرخ في 10/03/2002 والمتعلق بالحصول على تصريحات عن طريق وسائل سمعية بصرية ولقد أكد هذا المرسوم أن الشخص المسموع عن طريق التسجيل يعتبر وكأنه قد حضر واستجاب للاستدعاء.

إن هذا الإجراء في الواقع مأمور به من طرف التشكيلة الجماعية للقاضي الذي يباشر التحقيق أو رئيس التشكيلة الجماعية وثابت من هذه المادة المذكورة أعلاه أن هذا الإجراء يخص كل تدابير التحقيق بما فيها، التقليدية (خبرة، معاينة...)<sup>(3)</sup>.

بعد أن تصبح القضية مهياًة للفصل فيها فإنه يحدد رئيس تشكيلة الحكم تاريخ اختتام التحقيق بموجب أمر غير قابل لأي طعن حيث يبلغ الخصوم برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام أو بأية وسيلة أخرى في أجل لا يقل عن 15 يوماً قبل تاريخ الاختتام المحدد في الأمر، وإن لم يفعل ذلك

(1) - محدة (محمد) : مرجع سابق ص: 88.

(2) - المادة 864 من ق.إ.م.إ.

(3) - بن صاولة (شفيقة): السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع: مداخلة بمناسبة الملتقى

الوطني المنعقد بجامعة الجبلالي الياباس (سيدي بلعباس) يومي 28، 29 أبريل 2009 ص: 6-7.

فإن التحقيق يعتبر منتهيا 3 أيام قبل تاريخ الجلسة المحددة، ويجوز لرئيس تشكيلة الحكم في حالة الضرورة أن يقرر إعادة السير في التحقيق بموجب أمر غير مسبب وغير قابل لأي طعن<sup>(1)</sup> أو بناء على حكم يأمر بتحقيق تكميلي.

أما في الدعاوى الاستعجالية فإن التحقيق يختتم بإنهاء الجلسة ما لم يقرر قاضي الاستعجال تأجيل اختتامها إلى تاريخ لاحق، ويخطر به الخصوم بكل الوسائل<sup>(2)</sup>.

وأخيرا يمكن التوصل إلى إجراءات رفع الدعوى أمام القاضي الإداري تتمتع بخصائص وهي أنها إجراءات مكتوبة، ذات طابع تحقيقي، سرية، ويبرز فيها دور المقرر ومحافظ الدولة

### **الفرع الثاني:**

**إصدار الأحكام أو القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية وطرق الطعن فيها:**

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

**أولا: إصدار الأحكام أو القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية:**

تصدر الأحكام القضائية الفاصلة في نزاعات إدارية بما فيها الصفقات العمومية وفقا للمراحل التالية:

1. **تنظيم الجلسات:** تكون الجلسات كقاعدة عامة علنية يكون الحضور فيها مسموحا بغير قيد لكل من يريد الحضور ومع ذلك يجوز أن تكون الجلسات سرية بتقرير من القاضي إذا كانت العلنية تشكل خطرا على النظام العام<sup>(3)</sup>.

وتنظم الجلسات أمام القاضي كما يلي:

(1)-انظر المواد من 852 إلى 855 فقرة أولى من القانون السابق.

(2)- المادة 931 من القانون نفسه.

(3)- محيو (أحمد): المنازعات الإدارية: مرجع سابق ص: 83.



1. **جدولة الجلسات:** يحدد رئيس تشكيلة الحكم جدول كل جلسة أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة ويبلغ إلى محافظ الدولة، كما يجوز لتشكيلة الحكم أو رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس مجلس الدولة أن يقرر في أي وقت وفي حالة الضرورة جدولة أية قضية للجلسة للفصل فيها بإحدى تشكيلاتها، وتتولى أمانة الضبط إخطار جميع الخصوم بتاريخ الجلسة الذي ينادي فيه على القضية في أجل 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة، وفي حالة الاستعجال يجوز تقليص هذا الأجل إلى يومين بأمر من رئيس تشكيلة الحكم<sup>(1)</sup>.

ويعد واجب إبلاغ النيابة العامة بـ 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية، ذات الصبغة الإدارية طرف فيها<sup>(2)</sup>.

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

ويمكن أيضا لرئيس تشكيلة الحكم الاستماع إلى أعوان الإدارة المعنية أو دعوتهم لتقديم توضيحات، كما يمكنه استثناء أن يطلب توضيحات من كل شخص حاضر يرغب أحد الخصوم في سماعه<sup>(3)</sup>، ويتناول المدعى عليه الكلمة أثناء الجلسة بعد المدعي عندما يقدم هذا الأخير ملاحظات شفوية<sup>(4)</sup>.

بعد ذلك يعرض محافظ الدولة تقريره المكتوب على تشكيلة الحكم ويتضمن هذا التقرير عرضا من الوقائع والقانون والأوجه المثارة تلقائيا ورأيه حول كل مسألة مطروحة والحلول المقترحة للفصل في النزاع ويختتم بطلبات محددة<sup>(5)</sup>، وهذا بعد الاستماع إلى تلاوة المستشار المقرر وتقديم الأطراف لملاحظاتهم الشفوية<sup>(6)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن محافظ الدولة ليس عنصرا في تشكيلة الحكم ولا يحضر المداولات إلا ان تقريره مهم جدا لما له من دور في مساعدة تشكيلة الحكم والتي كثيرا ما تأخذ بأرائه نظرا لقوتها وسدادها، لأن هذا التقرير يراعي المصلحة العامة وليس مصلحة الإدارة لأن محافظ الدولة ليس

(1) - انظر المواد من 274 إلى 276 من ق.إ.م.إ.أحالت إليها المادة 916 منه.

(2) - المادة 260 من ق.إ.م.أ.

(3) - المادة 889 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(4) - المادة 887 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(5) - المادة 898 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(6) - المادة 885 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

محامي الإدارة عكس ما توحى به تسميته<sup>(1)</sup>.

II. **إحالة القضية على المداولة:** وفي هذه المرحلة من المحاكمة تحجز القضية لأجل الفصل

فيها كما يلي:

1. **قفل باب المرافعة:** إن القاضي هو الذي يعلن عن قفل باب المرافعة إذا ما انتهت إجراءات رفع الدعوى، ويعين هذا الإعلان انتهاء الجلسات وأن الدعوى أصبحت صالحة للفصل فيها، حيث بإمكان الجهة القضائية المختصة أن تصدر حكماً...<sup>(2)</sup>

إن غلق باب المرافعة يجعل الخصومة بين أيدي القضاة وبالتالي لا مجال لتدخل أطرافها إلا في حالة الضرورة الملحة كظهور دليل جديد.

2. **إجراء المداولة:** إجراء المداولة يعني مناقشة القضية بواسطة هيئة المحكمة وحاصل هذه المناقشة هو اتخاذ حكم في القضية بعد فحص جميع الأوراق والمستندات الموجودة في ملف الدعوى<sup>(3)</sup>.

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

وتتم المداولات في السرية وتكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط<sup>(4)</sup>، وهذا يفيد أنه بمخالفة هذه السرية فإن الحكم يتعرض للبطلان المطلق لتعلقه بالمصلحة العامة والنظام العام.

ونظرا لما يلعبه إجراء المداولة من دور للتوصل إلى حكم منهي النزاع فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية منع تمديد هذا الإجراء إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة وبشرط أن لا تتجاوز جلسيتين متتاليتين<sup>(5)</sup>.

### III. **النطق بالحكم أو القرار القضائي وتبليغه وتنفيذه:**

الحكم هو ما انتهى إليه القضاء من رأي في الخصومة عند إجراء المداولة سواء بالإجابة الكلية أو الجزئية لطلبات المدعي أو رفضها<sup>(6)</sup>، ولقد ذهب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في

(1) - شيهوب (مسعود) : مرجع سابق ص ص : 288، 289.

(2) - حلمي (محمود) مرجع سابق: 461.

(3) - Vincent (J) et Chinchard (S) : Op Cit, P : 120.

(4) - المادة 269 من ق.إ.م.إ.

(5) - المادة 271 فقرة أخيرة من القانون نفسه أحالت إليها 888 منه.

(6) - Vincent (J) et Chinchard (S) : Op, Cit, P : 120.

تعريفه للحكم كما يلي: «الحكم الفاصل في الموضوع كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو في شكل دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض، ويكون بمجرد النطق به حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه»<sup>(1)</sup>.

وفيما يلي نتناول النطق بالحكم وكذا تبليغه وتنفيذه.

### 1. النطق بالحكم أو القرار القضائي<sup>(2)</sup>:

يصدر الحكم الفاصل في النزاع بأغلبية الأصوات وعلنياً ما عدا في الأوامر الولائية، ويتم النطق به أو في تاريخ لاحق مع شرط تبليغ هذا التاريخ للخصوم خلال الجلسة وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق به للجلسة الموالية.

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

ويشتمل الحكم وجوباً تحت طائلة البطلان في ديباجته على العبارة التالية:

"الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب"

واشترط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الحكم جملة من البيانات من بينها: الجهة القضائية التي أصدرته، وأسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية، أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي أسماء وألقاب المحامين... الخ، مع الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية ويستلزم أن يكون الحكم مسبباً من حيث الوقائع والقانون والنصوص المطبقة مع ضرورة أن يستعرض وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم مع ضرورة رده على كل الطلبات والأوجه المثارة<sup>(3)</sup>.

ويشار في الحكم أيضاً إلى الوثائق وأنه تم الاستماع إلى القاضي المقرر ومحافظ الدولة والخصوم أو ممثلهم وكذا كل شخص تم سماعه بأمر من الرئيس<sup>(4)</sup>، ويشار في الحكم إذا كان صادراً عن جهة قضائية إدارية بإيجاز لطلبات محافظ الدولة وملاحظاته والرد عليها<sup>(5)</sup>، لكن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يحدد الجزاء المترتب على عدم إشارة الحكم لهذه الجزئية.

(1)-المادة 296 من ق.ا.م.ا.

(2)-نماذج عن أحكام قضائية فاصلة في منازعات صفقات عمومية. انظر: ملحق رقم 3.

(3)-المواد من 270 إلى 277 من ق.إ.م.إ. أحالت إليها 888 منه.

(4)-المادة 889 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(5)-المادة 900 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

كما يشترط في الحكم أن يتضمن ما قضى به من منطوق<sup>(1)</sup> مسبق بعبارة "يقرر"<sup>(2)</sup>، والملاحظ أن منطوق الحكم هو أهم جزء فيه لأنه يحدد على أساسه مراكز الخصوم لذا يجب أن يكون منسجما مع أسبابه.

2. **تبليغ الحكم أو القرار القضائي:** بعد تسجيل الحكم يسلم أمين الضبط نسخة تنفيذية أو نسخة عادية بمجرد طلبها، وتحمل النسخة التنفيذية عبارة "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وختم الجهة القضائية وتوقيع أمين الضبط الذي يسلمها للمستفيد من الحكم<sup>(3)</sup>، بينما تسلم النسخة العادية لأي شخص مقابل دفع الرسم المستحق.

ويجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولو بعد حيازته قوة الشيء المقضي به أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه وكذا تصحيحه إذا طعن فيه أمامها بموجب عريضة من الخصوم أو أحدهم أو محافظ الدولة<sup>(4)</sup>.

وتبلغ الأحكام والأوامر الفاصلة في الموضوع رسمياً إلى الخصوم في موطنهم عن طريق محضر قضائي أو عن طريق أمانة الضبط استثناءً بأمر من رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس مجلس الدولة<sup>(5)</sup> وتبلغ رسمياً الأوامر القضائية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بما فيها المنفصلة أو المتصلة بعقد الصفقة خلال 24 ساعة بجميع الوسائل إلى الخصوم المعنيين وإلى الجهة الإدارية التي أصدرتها حتى تتوقف آثارها<sup>(6)</sup>، وتبلغ بقية الأوامر الاستعجالية في أقرب الآجال وبكل الوسائل حتى تتوقف آثارها هي الأخرى، مع أنه يمكن لقاضي الاستعجال أن يقرر تنفيذها فور صدورها، حيث يبلغ أمين ضبط الجلسة بأمر من هذا القاضي منطوق الأمر ممهور بالصيغة التنفيذية في الحال إلى الخصوم مقابل وصل استلام إذا اقتضت ظروف الاستعجال ذلك<sup>(7)</sup>.

3. **تنفيذ الحكم أو القرار القضائي:** تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الحكم الفاصل في منازعات الصفقات العمومية، إذ يتوجب عليها أن تقوم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إصدارها لأي قرار سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أو تمتع عن اتخاذ أي إجراء يؤدي إلى القيام بما يناقض منطوق هذا الحكم، وعليه فإن أصدرت المصلحة المتعاقدة قراراً إدارياً بالمنح المؤقت

(1) - المادة 272 فقرة أخيرة من ق.ا.م.ا أحالت إليها 888 منه.

(2) - المادة 890 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(3) - انظر: المادتين 280 و 281 من ق.إ.م.إ أحالت إليهما المادة 888 منه.

(4) - انظر: المادة 891 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(5) - انظر: المادة 895 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(6) - انظر: المادة 837 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 916 منه.

(7) - انظر: المادتين 834 و 835 من القانون نفسه أحالت إليهما المادة 916 منه.

للصفقة لشخص ما ثم صدر قرار قضائي بإلغائه فلا يجوز لها منح الصفقة له.

كما يتعين على المصلحة المتعاقدة إزالة الآثار المترتبة عن القرارات المنفصلة كقرارات الضبط الإداري التي اتخذتها أثناء تنفيذ الصفقة والتي تمس بمصلحة الطرف المتعاقد أو الغير، ويفرض عليها اتخاذ جميع الإجراءات لإزالة مظاهر التنفيذ المادي للقرار وفي حالة استجابة ذلك فإنه يتعين عليها تعويض المتضرر ماديا، على أساس عدم التزامها عينا<sup>(1)</sup>.

إن تنفيذ الإدارة للحكم القاضي بإلغاء قرار منفصل عن صفقة العمومية لا يمتد إلى فسخها أو تصحيحها أو إبطالها إلا إذا طالب بذلك أطرافها أمام قاضي العقد، إلا أن الأستاذ "الطماوي(سليمان)" نوه بضرورة أن يطل أثر الإلغاء للصفقة لأن ما بني على باطل فهو باطل<sup>(2)</sup>.

لكن قد يحدث وأن تمتنع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الأحكام الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية كأن تنفيذ جزء منها أو تعيد إصدار القرار الملغى من جديد أو تتماطل في التنفيذ وغير ذلك، وهنا يبقى للمحكوم لصالحه مقاضاة الشخص المعنوي من جديد عن طريق دعوى التعويض<sup>(3)</sup>، إلا أن القرار الفاصل قد يجد بدوره صعوبة في التنفيذ وهذا يؤكد فشل القاضي الإداري على حمل الإدارة من أجل تنفيذ القرارات الصادرة ضدها، بل نجده في الكثير من الأحيان يدافع عنها بشراسة، كما أن قاضي الأمور المستعجلة لا يمكنه توجيه أوامر للإدارة وهذه الأخيرة لا تخضع للتنفيذ الجبري كقاعدة في اجتهاد القضاء الإداري الذي جاء فيه: «...عملا بمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن للقاضي الإداري إجبار الإدارة على الالتزام بحل جديد...»<sup>(4)</sup>.

وبصدور قانون الإجراءات الجديد، تم الاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة في حالات معينة منها الحالة المنصوص عليها في المادة 946 منه المتعلقة بقضاء الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات، وكذا الحالة المنصوص عليها في المادة 981 منه عند امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها<sup>(5)</sup>، وهذا دليل على الموقف السيئ الذي تتخذه الإدارة، والذي يعبر عن سوء نية بحت، عندما تمتنع -وهي تعلم ثبات واستقرار اتجاه قضائي معين-، عن أخذ هذا الاتجاه القضائي في الاعتبار، لأنها تخالفه وتريد بالتالي إظهار مللها أو تثبيط همة خصومها، ويمكن تطبيق الغرامة التهديدية أيا كانت سلطة القضاء الإداري، بصدد

(1) - بزاحي(سلوى): مرجع سابق ص ص: 157 و 160.

(2) - الطماوي(سليمان) مرجع سابق، ص: 192.

(3) - بزاحي(سلوى): مرجع سابق، ص: 174.

(4) - بلعابد(عبد الغني): مرجع سابق، ص: 61.

(5) - غناي(رمضان) قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية: مداخلة منشورة بمجلة مجلس الدولة عدد 9

لسنة 2009، ص ص: 47، 48.

النزاع محل الحكم المطلوب توقيع هذه الغرامة لعدم تنفيذه، أي سواء كانت سلطة تنتمي للقضاء الكامل أو لقضاء تجاوز السلطة.

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي الغرامة التهديدية وذلك في قضية متعلقة بصفقة عمومية بين وزير الإسكان والتعمير وشركة التنمية والإنجازات الاستشفائية، بخصوص إقامة قرية سياحية بمدينة "Plovan"، حيث رفضت الوزارة تنفيذ حكم إداري يقضي بتحملها التعويضات التي يمكن أن تدان بها الشركة الطاعنة بسبب فسخ العقد، ولهذا أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكماً له بتاريخ 1 فيفري 1989، يقضي بأنّ عدم تنفيذ أي حكم صادر عن أية جهة قضاء إداري هو الذي يمكن الاستناد عليه وحده لإدانة الدولة بالغرامة التهديدية<sup>(1)</sup>.

إذن الغرامة التهديدية هي حق في رفع دعوى قضائية ووسيلة من وسائل التنفيذ المباشر وهي ليست عقوبة توقع على الإدارة<sup>(2)</sup>.

**ثانياً: طرق الطعن في الأحكام أو القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية:**

بعد النطق بالحكم وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، تستنفذ الجهة القضائية ولايتها، ولا يجوز للمحكوم عليه إعادة طرح النزاع مجدداً بدعوى ابتدائية، فإذا شاب الحكم عيب من العيوب جاز الطعن فيه من طرف صاحب المصلحة بطرق وإجراءات محددة محترماً ميعادها حتى يقبل طعنه.

وتنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية وطرق غير عادية:

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

**1- الاستئناف:** هو وسيلة قضائية منظمة قانوناً تهدف إلى مراجعة الحكم الصادر عن المحكمة، ومن خلاله يمكن للمحكوم عليه أو المحكوم له إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وقد يكون الغرض من الاستئناف إلغاء الحكم المطعون فيه أو استبداله بحكم جديد أو تعديله<sup>(3)</sup>.

ويفهم مما سبق أن الحكم محل الاستئناف يكون ابتدائي قضائي سواء صدر عن المحكمة

(1) - محمد أحمد (منصور): الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري، الصادرة ضد الإدارة، دار

الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص ص: 7، 33، 40.

(2) - بلعابد (عبد الغني): مرجع سابق، ص: 61.

(3) - المادة 352 من ق.إ.م.إ.

الإدارية أو عن مجلس الدولة كدرجة أولى من درجات التقاضي وأنه يفصل فيه أمام هذا الأخير في أجل شهرين، وفي حالة الاستعجال يخفض إلى 15 يوماً وذلك من تاريخ التبليغ أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة في حالة صدوره غيابياً<sup>(1)</sup>.

وللتأكيد فإن معظم القرارات التي اعتمدها في هذه الدراسة فصل مجلس الدولة لهيئة استئناف ومن بينها قراره الصادر بتاريخ 1999/03/8 قضية "بلارة توفيق" ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة<sup>(2)</sup> وكذا قراره الصادر بتاريخ 2004/01/20 قضية بلدية بابور ضد مدير شركة خدمات الإعلام الآلي<sup>(3)</sup> وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقبل استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع إلا مع استئناف الأحكام الفاصلة في الموضوع وذلك بعريضة واحدة<sup>(4)</sup>.

ويستبعد الطعن بالاستئناف في دعاوى الاستعجالية وذلك لتمتع الأمر الاستعجالي بالقوة التنفيذية وكونه مشمولاً بالنفاذ المعجل إلا في حالات محددة بالمادتين 937 و938 من ق.إ.م.إ. والمتعلقة باستئناف الأمر القاضي بالتدابير الضرورية للمحافظة على الحريات المنتهكة من الأشخاص والهيئات التي تخضع في مقاضاتها للقضاء الإداري، وكذا استئناف الأمر القاضي برفض دعوى الاستعجال أو بعدم الاختصاص النوعي<sup>(5)</sup>.

لكن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ترك غموضاً حول مدى قابلية الأوامر الصادرة بخصوص الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية للاستئناف ومصدر هذا الغموض نابع من أنه نص في حالات أخرى صراحة على قابلية للطعن مثلاً في حالة التسبيق المالي، وبما أن هذا القانون نص على أجل الفصل في الدعوى في المادة الموالية فإن ذلك يعني قابلية هذه الأوامر للاستئناف وفقاً للقواعد العامة<sup>(6)</sup>.

(1) - انظر المادتين 901 و902 من ق.إ.م.إ.

(2) - قرار مجلس الدولة فهرس رقم 125 الصادر بتاريخ 1999/03/8: قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة (غير منشور) نقلاً عن بن الشيخ آث ملويا (حسين) المنتقى في قضاء مجلس الدولة ج: 1: دار هومة 2006 ص: 73. انظر ملحق رقم 3 ص 52 منه .

(3) - قرار مجلس الدولة رقم 010487 الصادر بتاريخ 2004/1/20 قضية بلدية بابور ضد مدير شركة خدمات الإعلام الآلي: (غير منشور). انظر ملحق رقم 3 ص 47 منه .

(4) - انظر المادتين 950 و952 من ق.إ.م.إ.

(5) - انظر المواد من 936 إلى 938 من القانون نفسه.

(6) - شيهوب (مسعود): مرجع سابق ص ص: 144، 145.

والقاعدة في المنازعات الإدارية هي أن الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف<sup>(1)</sup> لكن لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا كان تنفيذه يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة أو عندما يقرر الأوجه المثارة في استئناف إلغاء القرار المستأنف.

2. **المعارضة:** وهي وسيلة طعن عادية ترفع من الخصم المتغيب تهدف إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، وأنه من خلالها يتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالنفاد المعجل<sup>(2)</sup> وتختص بالنظر في المعارضة نفس الجهة القضائية مصدره القرار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي<sup>(3)</sup> حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى مع إرفاق هذه العريضة بنسخة من الحكم المطعون تحت طائلة عدم القبول شكلاً<sup>(4)</sup>.

ويترتب على المعارضة وقف التنفيذ في المادة الإدارية ما لم ينص على خلاف ذلك<sup>(5)</sup> وعليه فإنه إذا صدر حكم غيابي في صفقة عمومية فإنه للخصم المتغيب أن يطعن فيه بالمعارضة ويعرض هذا الحكم لوقف التنفيذ، لكن المعارضة تبقى طريق مستبعد في الدعاوى الاستعجالية الإدارية صراحة بنص المادة 936 من ق.إ.م. لأنها لا تتلاءم مع إجراءات الاستعجال كما ذهب إليه "P.PONALET"، إضافة إلى أن الحكمة من منع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الإدارية وهي الإسراع في استقرار الأوضاع التي ترتبها الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة، فضلاً عن زجر الخصوم عند غيابهم الذي يعوق نظر القضايا الاستعجالية<sup>(6)</sup>، أي أنه لا يمكن الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر بوقف تنفيذ قرار غيابي باستبعاد صاحب عطاء في صفقة عمومية.

II. **طرق الطعن غير العادية:** وتنقسم طرق الطعن غير العادية في المادة الإدارية إلى الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

1. **النقض:** وهو طريق من طرق الطعن غير العادية مفتوح للأطراف وفي بعض الحالات للنيابة العامة، ويرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصورة

(1)- انظر المادة 908 من ق.إ.م.أ.

(2)- انظر المادة 328 من ق.إ.م.أ.

(3)- انظر المادتين 953 و954 من القانون نفسه.

(4)- انظر المادة 330 فقرة 1 و2 من القانون نفسه.

(5)- انظر المادة 955 من القانون نفسه.

(6)- بلعابد(عبد الغني): مرجع سابق، ص:69.



سليمة<sup>(1)</sup> وتكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادر في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو أي دفع عارض آخر<sup>(2)</sup>.

ولا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام الأخرى والقرارات الفاصلة في الموضوع<sup>(3)</sup>.

ويختص مجلس الدولة بالنقض<sup>(4)</sup>، ويتحدد أجله بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقوم رئيس مجلس الدولة بتوزيع هذا الطعن المعروض أمام مجلس الدولة على الغرف.

ولقد أكد قانون الاجراءات المدنية و الادارية أن الطعن بالنقض لا يبنني إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المحددة بالمادة 358 منه ،والتي أحالت المادة 959 منه إلى تطبيقها في المواد الإدارية.

ومن بين هذه الأوجه مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، عدم الاختصاص، تجاوز السلطة مخالفة القانون الداخلي أو الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، مخالفة الاتفاقية الدولية انعدام التسبب القانوني أو قصوره أو تناقضه مع منطوق الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب...<sup>(5)</sup>

لكن من غير المتصور اعتبار مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كوجه من أوجه الطعن بالنقض في حكم فاصل في منازعة صفقة عمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالنقض كالطعن بالاستئناف ليس له أثر موقف<sup>(6)</sup>.

وبما أن اختصاصات مجلس الدولة كقاضي نقض هي اختصاصات حصرية منصوص عليها قانونا... فإن مجلس الدولة ليس جهة نقض فيما يخص الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة<sup>(7)</sup>.

**2. اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:** يعد هذا النوع من الطعن وسيلة طعن غير عادية جعلها قانون الاجراءات المدنية و الادارية في نص عام يقضي بأن لكل ذي مصلحة -ولو لم يكن

(1)-بلعابد ( عبد الغاني):مرجع سابق، ص: 70.

(2)- انظر المادتين 348 و 349 من ق.إ.م.إ.

(3)- انظر المادة 351 من القانون نفسه.

(4)-انظر المادة 903 من ق.إ.م.إ.

(5)-انظر المواد 356 إلى 358 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 959 منه.

(6)-انظر المادة 909 من القانون نفسه.

(7)- بلعيد(رشيد): مرجع سابق، ص: 229.

طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه -تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، لأن هذا الطعن يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع ومن خلاله يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون<sup>(1)</sup>.

ويبقى أجل هذا الطعن قائما لمدة 15 سنة تسري من تاريخ صدور الحكم أو القرار أو الأمر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين إذا بلغ الغير رسميا ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة<sup>(2)</sup>.

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

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

**ب- رفض الاعتراض:** وهنا يحكم القاضي بغرامة مدنية على المعترض من 10 آلاف دج إلى 20 ألف دج دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم وفي هذه الحالة يقضي بعدم استرداد مبلغ الكفالة:

وضمامنا للحقوق فقد قرر قانون الاجراءات المدنية و الادارية جواز الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الصادر في اعتراض الغير خارج عن الخصومة بنفس طرق الطعن المقررة للأحكام<sup>(3)</sup>.

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

(1)-انظر المواد 380 ، 381 من ق.إ.م.إ أحالت إليها المادة 961 منه.

(2)-انظر المادة 384 ق.إ.م.إ أحالت إليها المادة 961 منه.

(3)-انظر المواد من 386 إلى 389 من القانون نفسه أحالت إليها المادة 961 منه.

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

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

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

إن رقابة القضاء الإداري على النشاط الإداري عامة وعلى الصفقات العمومية خاصة، تكون بالنسبة إلى الأحكام التي ينص عليها تنظيمها، دون مراقبة مبدأ تدرج القواعد القانونية، أي لا يراقب تعارض قرار إداري مع دستور أو معاهدة... إلخ.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية يحوي جملة من الخروق يصعب على القاضي الإداري أو المحاسب العمومي إثباتها، خاصة وأن هذا الأخير يمنع عليه إبداء أي تقدير حول مشروعية الصفقة خارج الإطار المالي لها، ومن بين هذه الخروق نجد:

- الخروق المتعلقة بالتعسف في تحديد معايير الفوز بالصفقة العمومية، لأنّ تنظيم الصفقات العمومية حدد معايير تقنية ومالية والسعر والنوعية، لكنه ترك سلم ترتيب هذه المعايير لتقدير المصلحة المتعاقدة، وهذا سيمكنها من التساهل في تحديد هذه المعايير أو التشدد، أو تحديد معايير تتوفر في مؤسسة محددة...

- الخروق المتعلقة بلجوء المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد دون الحدود المالية الدنيا المحددة بالصفقات العمومية، حتى تعفى من الإجراءات المحددة بالتنظيم، وذلك لتمرير صفقات عمومية دون أي مراقبة أو تمرير صفقات وهمية مثل: القرية الاشتراكية التي تم تسليمها من قبل الإدارة ودفعت تكاليفها ولا وجود لها على أرض الواقع، لأنّ أموالها حولت إلى اتجاه أهداف أخرى.

- الخروق المتعلقة بتحديد آجال قصيرة جداً لتقديم العروض<sup>(1)</sup>.

وهذه الأمور تتطلب في الواقع إضافات تنص على تطورات جديدة، بمقتضاها تسد الثغرات وتزاح العراقيل أمام القضاة والمتقاضين، وتستقيم نصوص القانون في معناها ومبناها.

(1) -عليوات (بباقتة): مرجع سابق، ص ص: 122-123.

## خلاصة الفصل الثاني:

قصد تسوية النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية، فإنه يحق للمتعهد أو المتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى السبيل القضائي مباشرة، أو بعد فشل المساعي الودية.

وينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية، كلما توافر:

\*المعيار العضوي والذي استعمل في النصوص القانونية بأسلوبين أولهما ضيق في نص المادة 800 من ق.إ.م.إ، بحيث تم حصره في الأشخاص المعنوية العامة، فقط، وثانيهما واسع في نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية والتي أخضعت جملة من المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية المختلفة من حيث طابعها، كما أدخلت ذات المادة المعيار العضوي معيار الأموال العامة ومعيار العمل لحساب الدولة، وهذا جدّ منطقي حتى لا تتوزع منازعة من طبيعة واحدة على قضائيين مختلفين تفاديا لقيام تنازع اختصاص بينهما .

\*المعيار المادي: والذي اعتمد عليه في اعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا من ناحية شكلها وموضوعها وحدها المائي الأدنى، وأيده في ذلك الفقه والاجتهاد القضائي الإداري، رغم أن هذا الأخير لم يعترف به كمعيار محدد لاختصاصه في هذه المنازعات إلا نسبيا في حالات نادرة، عكس ما ذهب إليه بعض الأنظمة القانونية.

إن القضاء الإداري له دور مهم في تسوية منازعات الصفقات العمومية بالنظر لما يحمله من ضمانات لحماية حقوق المتعهد أو المتعامل المتعاقد من أخطاء وتعسفات المصلحة المتعاقدة، إذ أنه يختص بنظر دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، إذا شابها عيب كعدم الاختصاص أو السبب، فضلا عن نظره في دعوى القضاء الكامل قصد الحصول على مبالغ مالية أو إبطال عقد الصفقة أو بطلانه أو فسخه، وذلك لا يجعل من المدعي مجرد طاعن لأنّ للقاضي الإداري سلطات واسعة لا تقتصر على إلغاء قرار فحسب، بل تمتد إلى تعديله أو إحلال غيره محله والحكم بالتعويض.

كما أنّ اللجوء إلى القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية يحقق ضمانات تتعلق بالحجية التي يحوزها الحكم أو القرار الصادر عنه وكذا قدرة القضاء على فرض غرامات تهديدية على الإدارة لأجل تنفيذه، وإقرار النصوص القانونية لطرق طعن فيه عادية وغير عادية، وهذا كلّه يبين أن القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري وليس قاضي إدارة.

# الغائمة

لقد جاء تنظيم الصفقات العمومية بهدف حماية الأموال العامة كون أغلب النفقات تذهب في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما لمواجهة تنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية، كما جاء لتحقيق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، وهذا ما جعل الصفقات العمومية تتطلب عددا كبيرا من المعطيات المختلفة قصد إبرامها وتنفيذها وتشمل بذلك موردين مقاولين، منشآت، كما أن الصفقات العمومية تستمر فترة زمنية طويلة بسبب التخطيط لها وطرح المناقصة وحتى تمام تنفيذها، وهذا يجعل العلاقة بين أطرافها تفتقد إلى السكون الأمر الذي يؤدي إلى حدوث منازعات بينهم وهذا هو الموضوع الذي درسناه وخلصنا فيه إلى النتائج التالية:

I- بخصوص اللجوء الى الطعن الاداري و التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية

فانه:

1- للطعن الإداري المسبق له إطار عام يتمثل فيه القواعد العامة كما له مكانة متميزة في تنظيم الصفقات العمومية، ولقد كان يتميز بالطابع الإجباري و أنه من النظام العام، غير أنه أصبح جوازيًا، سواء تعلّق بالمنازعات العائدة للاختصاص المحاكم الإدارية أو تعلق بالمنازعات العائدة لاختصاص مجلس الدولة، ابتداء وانتهاء، وسواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء أو التفسير، أو فحص المشروعية أو بدعوى القضاء الكامل.

- كما أن مشكلة تحديد إن كان هذا الطعن من النظام العام أم لا، ومتى تجوز إثارته لا تطرح بِناتًا، لأنّ المتقاضي أعفي منها خاصة وأن القواعد العامة تقادت كل الإشكالات من خلال الاكتفاء بالنظم الولائي فقط، كما أصبح يأخذ طابع محاولة الصلح بين الأطراف، وهذا ما يستشف خاصة في الفترة التي أعقبت صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على غاية الآن، بحيث أصبح الطعن الإداري يخص:

أ- المنازعات الناشئة عن الإبرام: والذي يقدمه المتعهد قصد الاحتجاج على قرار المنح المؤقت الصادر عن المصلحة المتعاقدة فيطلب إلغاءه أمام لجنة الصفقات المختصة.

كما يمكن للمتعاقد رفع طعن ضد مقرر المصلحة المتعاقدة بشأن حرمانه من التعاقد في صفقاتها لمدة سنة لدى لجنة الصفقات المختصة، أيضا طالبا إلغاءه.

ب- المنازعات الناشئة عن التنفيذ: والذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة أمام اللجان القطاعية أو الوطنية للصفقات المختصة دون تحديد ميعاد لرفعه فهو إذن يخضع للميعاد المقرر للطعن المنصوص عليه بالقواعد العامة.

وبما أن تنظيم الصفقات العمومية قصر منازعات الإبرام على قرار المنح المؤقت بموجب المادة 114 منه، وكذا قرار الحرمان من دخول الصفقة بموجب المادة 125 مكرر منه، فإن هذا

يؤدي بنا إلى القول بأن بقية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة العمومية، يمكن الطعن فيها بموجب الطعن المقرر في القواعد العامة، وفقا للفقرة الأولى من المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به...».

وهذا يؤكد أن الطعن المقرر وفقا لتنظيم الصفقات العمومية ليس مستقلا عن الطعن المقرر في القواعد العامة، فهو يحتاج إلى متطلباته عند رفعه.

- كما أنه يعهد للجان الصفقات المختصة وفقا لمعايير عضوية، مالية وجغرافية بنظر الطعن الإداري، وهذه اللجان تتميز بتركيبة بشرية متميزة من حيث رئاستها ووجود أعضاء معيّنة وأخرى منتخبة، إضافة إلى تبعيتهم إلى وزارات مختلفة كالمالية والتجارة... وهذا سيمكنها من تقديم رأيها في الطعن المرفوع أمامها.

- كما ان اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وديا سيؤدي إلى تحقيق جملة من الإيجابيات كتقليل الوارد من القضايا وإنهاء النزاع في مراحله الأولى لأجل حماية حقوق وحريات المتعاقدين في أقصر وقت وبأقل الجهود والتكاليف وأبسط وأخف الإجراءات وغيرها.

- وإن مجال الطعن أوسع من مجال الدعوى الإدارية، لأنّ صلاحيات اللجان الصفقات المختصة أوسع من صلاحيات القاضي الإداري في هذا المجال.

- وإن هذا الطعن غير إلزامي من ناحية اللجوء إليه وهو مسلك يستحق الثناء والتشجيع، لأنه يجعل العدالة في متناول الأفراد.

- إضافة إلى انتفاء إلزامية القرار الصادر عن اللجان المختصة عند نظرية الطعن على المتعاقدين والمتعهدين، بحيث إذا رتب لهم ضررا يبقى من حقه اللجوء إلى القضاء.

غير أن اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وديا من شأنه إحداث المساوى التالية:

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

- عدم الاستجابة للطعن من طرف اللجان المختصة نظرا لانتمائها إلى المصالح المتعاقدة، والتي تعتبر نفسها الأقوى ولا تخطئ، أو بسبب العتبة المالية التي تعد واحدة بين اللجنة الوزارية واللجنة الولائية، وبين اللجان الوطنية وكذا القطاعية، وهذا يؤثر على اختصاصها بنظر الطعن.

-وجود علاقة بين رئيس هذه اللجان والمرؤوسين، وبين الزملاء تجعلهم يتكاثفون عند الضرورة للدفاع عن التصرفات الخاطئة الصادرة من قبلهم.

-أن نص المادتين 114 و115 من تنظيم الصفقات العمومية يطرح مشاكل قانونية هامة، سوف تطرح على القضاء لا محالة، والذي سوف يكون مدعواً لتفسيرها، فمثلاً النص على إمكانية الطعن في قرار المنح المؤقت أمام لجان الصفقات المختصة يثير إشكالية بالنظر إلى الطبيعة القانونية للعمل الناتج عن هذا الطعن، والذي تم تبيان أنه رأي مطابق بالنظر لطابعه التنفيذي في مواجهة المصلحة المتعاقدة، التي تجد نفسها مجبرة على التقيد به من أجل الحصول على تأشيرة لتنفيذ الصفقة، وبالتالي يكون هذا الرأي قابلاً للطعن فيه أمام القضاء الإداري، وبذلك فتحت المادة 114 المجال لمنازعات غير منتظرة وغير مرغوب بها.

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

لهذا كان الطعن الإداري المسبق من الناحية العملية ليس مغرباً لذوي الشأن لهذا تنبه تنظيم الصفقات العمومية إلى إجراء بديل تمثل في إرساء قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن تنفيذ الصفقة، حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يتمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم عن طريق التفاوض وهنا يمكن أن ينصف المتعامل المتعاقد ولا تنزع استمرارية الصفقة ويكون لا داعي من اللجوء إلى القضاء، طالما كانت قاعدة الحل الودي إجبارية.

2-أمّا بخصوص التحكيم في مجال الصفقات العمومية، فإنه لم يكن مرغوباً به، لكن حالياً زال حظر اللجوء إليه، وذلك من الصمت المطلق إلى السماح المطلق في مصر، المغرب والجزائر، أما بخصوص فرنسا فإنه تطور فقط من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي.

-كما أنه تم إجازة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية من خلال:

\* المواد 975 و976 و1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 والتي سمحت صراحة للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، وكذا في علاقاتها الاقتصادية الدولية.

\* وعند ربط مقتضيات المواد 8 و62 و115 من تنظيم الصفقات العمومية بالمادة 2 منه، وكذا مقتضيات المادة 1006 من ق.إ.م.إ، فإنه يستنتج أن أشخاص الصفقة العمومية، سواء كانت أشخاص معنوية عامة أو مؤسسات عمومية، صناعية، تجارية، اقتصادية، علمية ومهنية...، يمكنها اللجوء لتسوية منازعاتها تحكيماً شرط الحصول على موافقة السلطة المختصة وإدراج شرط تسوية النزاع تحكيماً بالصفقة حتى تكون الصفقة نهائية وصحيحة، ويكون اللجوء إلى التحكيم صحيحاً ونهائياً، بعد التفاوض المباشر بين طرفي الصفقة في منازعات تنفيذها، وهذا واقعاً حالياً بعد أن



كان إجباريا بخصوص المؤسسات العمومية بموجب الأمر 44/75 المؤرخ في 17 جوان 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، وذلك بخصوص المنازعات المتعلقة بالحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات والأشغال والخدمات.

-و يعد اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية غنيمة هامة، ويجب أن نبني فكرة على أن توسع التحكيم يعني أولا وأخيرا عدالة خاصة تواجه أشخاص الصفقة العمومية، أو على الأقل تنفيذها في مجال نشاطها.

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

-كما أن للحكم أو القرار التحكيمي كافة الآثار التي يترتبها الحكم القضائي، كما تلحقه الحجية منذ صدوره، ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ولا يجوز المجادلة في حجيته حتى بغرض أنه لم يتم تنفيذه.

-كما أن اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، قد أصبح مفضلا بسبب تميز هذه المنازعات بالطابع الفني، بما يفرض النظر فيها من زاوية خاصة، ويفضل الحسم فيها خارج دائرة القضاء ربعا للوقت، خاصة وأن أمد هذه النزاعات طويل، ينجر عنه إلحاق أضرار بأطراف الصفقة، وحتى الخزينة العامة، وكذا المنتفعين من خدمات المرفق العام، مما يفرض فض المنازعات في أقرب وقت.

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

-عدم وجود تعريف له في مجال الصفقات العمومية، سواء كان شرطا أو مشاركة، لأنّ كل التعريفات الفقهية والقضائية والقانونية تفنقر إلى أحكام الصياغة اللغوية، حيث تتضمن الكثير من التكرار والسررد لبيدييات لا تحتمل السررد.

-تعليق صحة ونهائية الصفقة، وكذا شرط التحكيم المدرج بها على موافقة السلطة المختصة واللجوء إليه بمبادرة منها، وهذا في الحقيقة تزيد لا فائدة منه، بل إنه سيحقق آثار سلبية وعدم دقة

الصياغة القانونية لاتفاقية التحكيم أو إمكان استبعاد القانون الوطني، خاصة وأنه لا وجود لنص قانوني يبين حدود هذه الموافقة، أو المبادرة، وهذا يفتح الباب للانحراف والقضاء على روح التحكيم وهو مبدأ سلطان الإرادة، أي اتفاق الأطراف.

-كما يمكن أن يحدث وأن تمتنع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ حكم أو قرار التحكيم الصادر ضدها طواعية أو تحاول أن تعرقل تنفيذه تمسكا بحصانتها وسلطتها.

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

II-وبخصوص اللجوء إلى القضاء الإداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية: فإنه يبقى ذلك من حق المتعامل المتعاقد أو المتعهد كاختيار لأن يلجؤوا إليه.

-وينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري بتوفر ما يلي:

\* المعيار العضوي: والذي استعمل في النصوص القانونية الجزائرية بأسلوبين أولهما ضيق في نص المادة 800 من ق،م،إ والتي حصرته في الأشخاص المعنوية العامة، وثانيهما واسع في نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية والتي أخضعت الأشخاص المعنوية العامة وكذا جملة من المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية المتعددة من حيث تابعها، ولقد أدخلت ذات المادة على المعيار العضوي معيار الأموال العامة وكذا معيار العمل لحساب الدولة وهذا هو التطبيق الصحيح لنص المادة 2 حتى لا تتوزع منازعة من طبيعة واحدة على قضائين مختلفين تفاديا لقيام تنازع اختصاص بينهما.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية لم يخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين إليه لأنه لا يمكن المفاضلة بين الإدارات نفسها.

\* اعتبار الصفة العمومية عقدا إداريا من ناحية شكلها وموضوعها وحدها المالي و ذلك بموجب احكام تنظيم الصفقات العمومية و كذا الفقه والقضاء الاداري ، غير أن هذا الاخير -أي القضاء الإداري- لم يجعل العناصر المذكورة اعلاه أساسا لاختصاصه إلا في حالات نادرة جدا عكس ما ذهب إليه بعض الأنظمة القانونية، وبالتالي فإن القضاء الإداري اعتمد عليها نسبيا في نظره لهذه المنازعات.

-وفصل القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية المصنفة إجمالا إما تحت عنوان قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل بشقيهما الموضوعي والاستعجالي بحيث يلجأ إلى القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية تحت وجه القضاء الكامل بمختلف صورته،

كدعوى فسخ عقد الصفقة، دعوى إبطال أو بطلان عقد الصفقة، أو دعوى الحصول على مبالغ مالية، وعليه يعد القضاء الكامل القضاء الأصلي في مجال منازعات الصفقات العمومية خاصة وأن مركز المدعي لا يتمثل في كونه مجرد طاعن لأن القاضي الإداري له سلطات واسعة في هذه الدعاوى، بحيث لا تقتصر سلطته على إلغاء القرار الإداري بل تمتد إلى تعديله أو إحلال غيره محله وكذا الحكم بالتعويض.

-وفي إطار ما يعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة، فإنه يمكن رفع دعوى إلغاء بشأنها بصورة مستقلة عن دعوى عقد الصفقة وعلى رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري المنفصل (وجه الإلغاء) كمخالفته لقواعد الاختصاص أو الشكل والإجراءات أو لعيب السبب أو الإنحراف بالسلطة... الخ.

-وفضلا عن ذلك فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات وهذا شيء ايجابي فعلا يهدف إلى وقف التنفيذ بمعنى إيقاف سريان القرارات الإدارية المنفصلة محل الطعن بالإلغاء وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية الإبرام.

كما أن الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية يتلاءم حقيقة وطبيعة القرارات الإدارية المنفصلة خاصة أن رفع دعوى الإلغاء سيخرجها من فحواها الأصلي ألا وهو القرار الإداري.

كما أثبت الواقع العملي كثرة اللجوء إلى القضاء المستعجل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية كالأمر بتعيين خبير، توقيع حجز تحفظي... وذلك بالنظر إلى عامل الزمن الذي يعدّ مؤثرا فيها.

-كما ان القضاء الاداري يختص بتوقيع بعض الجزاءات المتمثلة في الغاء الصفقة او العقد او الملحق و امكانية التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات ،فضلا عن امكانية فسخ الصفقة اذا ارتكبت اعمال و مناورات تخل بمبادئ ابرام الصفقات .

-كما ان القضاء الاداري يختص-الى جانب مجلس المنافسة-بالنظر في مشروعية التصرفات الادارية الصادرة في مرحلة الابرام و التي تؤثر سلبا على المنافسة على ضوء احكام قانون المنافسة، و هذا شيء محمود لان القضاء الاداري هو قضاء كل من المرفق العام و القرارات الادارية.

-أما بخصوص الإجراءات المتبعة من قبل المتعامل المتعاقد أو المتعهد أو المصلحة المتعاقدة لأجل فض النزاع فأنها هي نفسها إجراءات رفع الدعاوى الإدارية المقررة في قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، وصولاً إلى صدور حكم فاصل فيها وإمكانية الطعن فيه، لذا فهي تتميز بالطابع التحقيقي والسريّة التي يبرز فيها دور المقرر ومحافظ الدولة.

-ولقد جعل قانون الاجراءات المدنية و الادارية كل من الصلح والوساطة وسائل بديلة لحل النزاعات بما فيها النزاعات الإدارية، وهي أكثر نجاعة لما توفره على الدولة من نفقات ومصاريف ووقت خاصة وأن أشخاص الصفقات العمومية يباشرون أنشطة لإشباع الحاجات العامة ويحققون مشاريع هامة يكتسي إنجازها الطابع الإستعجالي.

-ولقد تم إعمال وسائل التحقيق بغية خلق التوازن ما بين الأطراف خاصة وأن احد أطراف الصفقة سلطة عامة تتميز بسلطات الإكراه القانوني اتجاه الطرف الآخر وهو المتعامل المتعاقد أو المتعهد الذي يعد طرفاً ضعيفاً بالمقارنة، ولهذا تم تقرير وسائل التحقيق من خبرة، انتقال للمعاينة الخ، غير أنه لا يجوز اللجوء إليها كلها في مثل هذه المنازعات نظر لارتباط هذه الأخيرة بالمال العام كاليمين، شهادة الشهود، لإمكان اتصالها بالإجراء والإكراه.

-كما أن الحكم الصادر عن القرار الإداري يحوز الحجية وهذا يعد ضماناً أساسية، خاصة وأنه أصبح بمقدور القضاء الإداري فرض غرامات تهديدية على الإدارة لأجل تنفيذ هذا الحكم، وهذا دليل على أن القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري وليس قاضي إدارة، وما يزيد هذه الضمانات حجية وقوة هو منح الاعتبار لطرق الطعن العادية وغير العادية إذا ما شاب الحكم عيب.

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

-إعمال المعيار العضوي كمعيار وحيد للمنازعة الإدارية تقريباً، إلا أن هذا المعيار وحده غير كافي لأنه محدود وأن البساطة المقصودة من تبنيه لم تتحقق كلياً.

-وجود إشكال يتعلق بالاختصاص الإقليمي في نص المادة 804 من ق،إ،م،إ والتي تتضمن أحكاماً لا تتلاءم مع طبيعة الصفقات العمومية، فالاختصاص المحلي في مادة الأشغال العمومية يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال وفي ذلك مساس بأكثر من محكمة إدارية.

-عدم تحديد الجهة القضائية المختصة صراحة.

- سكوت نص المادة 946 من ق،إ،م،إ عن إمكانية رفع دعوى استعجالية من طرف الهيئات الوطنية المستقلة في مادة إبرام العقود والصفقات.

- غياب إجراءات خاصة بمنازعات الصفقات العمومية أو على الأقل تطابقها مع جزء معتبر منها مع ما هو معمول به في المنازعات الإدارية أو المدنية، وهذا يمدد فكرة وحدة الإجراءات التي ظلت تطبق في النظام القضائي الجزائري.

- أن الرقابة التي يفرضها القاضي الإداري على الصفقات العمومية باعتبارها نشاطا إداريا تكون بالنسبة إلى تنظيمها ومقارنة بالأحكام التي بنص عليها، فهو لا يراقب مبدأ تدرج القواعد القانونية (فهو لا يراقب مثلا تعارض قرار إداري مع دستور أو معاهدة دولية).

- تأخر العدالة المتوخاة من اللجوء إلى القضاء الإداري بسبب طول الإجراءات وطول مدة النزاع والفصل فيه. ناهيك عن موقف المصالح المتعاقدة الموسوم بالامتناع عن التنفيذ غالبا بما يفرض على الطاعن تحمل عناء و مصاريف القضاء الكامل مرة أخرى ليضيع الحق و تطمس معالمه في اروقة الهيئات القضائية .

- غياب جهات قضاء الإستئناف.

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

رغم اعتبار الطرق الودية من طعن إداري وتحكيم كالتداوي بالطب الرحيم في تسوية منازعات الصفقات العمومية، إلا ان النصوص القانونية تسمح باللجوء إلى القضاء في حال فشلها، ورغم ما يحوزه طريق القضاء الإداري من ضمانات لطرفي الصفقة إلا انه لا مجال للمفاضلة بين هذه الطرق بسبب النقائص التي تحتويها، ولهذا فإنه تبقى المصلحة المتعاقدة في وضعية ممتازة عن المتعهد أو المتعاقد معها لأنها تكون صاحبة السيادة في إطار تمتعها بسلطات وامتيازات معتبرة في مواجهتهما باعتبارهما الأضعف بالنسبة إليها، وبالتالي سيختل التوازن في المراكز القانونية للطرفين سواء ارتبط ذلك بمشروعية استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطاتها اتجاه المتعهد أو المتعاقد معها أو بتأدية الالتزامات المقررة بينهما، وحتى و ان حققت هذه الطرق بعض التنازلات لحل هذه النزاعات، فان الطبيعة القانونية لهذه التنازلات غير متوافقة مع العلاقة بين اطراف الصفقة.

كل ما طرحناه من نقائص وسلبيات يجعلنا نقترح جملة من التوصيات وهي:

1/ تبسيط الإجراءات أمام لجان الصفقات العمومية المختصة للوقاية من جرائم الفساد، وإعادة النظر في اختصاص هذه اللجان بنظر الطعن المنعقد على أساس المعيار المالي الموحد بينهم حتى لا يحدث تنازع وذلك فيما يخص اللجنة الوزارية، اللجنة الولائية، وكذا اللجان الوطنية واللجان القطاعية، ووضبط قواعد اختصاص هذه اللجان من الناحية الجغرافية.

2/ فرض عقوبات على أعضاء لجان الصفقات المختصة في حالة رفضها للاستجابة للطعن

الإداري المرفوع أمامها أو في حالة تكاثف رؤسائها مع مرؤوسيتها عند دفاعهم عن التصرفات الخاطئة.

3/إعادة مراجعة نص المادتين 114 و 115 من تنظيم الصفقات العمومية بطريقة أدق وأوضح تضمن تقديم حل للمشاكل التي يمكن ان تظهر كتحديد المقصود بالتشريع المعمول به أو تجنب استعمال هذه الصيغة حتى تفض المنازعة بشكل كامل ونهائي وتفاذي إثارة نزاعات متولدة عن تطبيق هذا التنظيم.

4/إعطاء تعريف للتحكيم في مجال الصفقات العمومية سواء كان شرطا أو مشاركة.

5/ينبغي التدخل وتعديل شرط التحكيم في الصفقات العمومية وذلك بعدم اشتراط موافقة السلطة المختصة أو اللجوء إليه بمبادرة منها لأن هذا الشرط تزيد لا فائدة منه لأن أساس التحكيم هو مبدأ سلطان الإرادة أي اتفاق الأطراف، فكان يفترض إيجاد آليات أخرى كتعيين خبير أو هيئة خبراء قانونيين واقتصاديين للنظر في اتفاقيات التحكيم.

6/ضرورة القيام بالدراسة المسبقة والتفاوض في الصياغة القانونية لأحكام اتفاق التحكيم أو العقد بما فيها الشروط المتعلقة بفض النزاع، وإتيانها نفس الأهمية التي يجب ان تولى إلى الشروط المالية والتفاوض حولها بكل حرص باعتبارها تكيف النتائج النهائية للاتفاق أو العقد.

7/السعي للمطالبة باعتماد القانون الجزائري وبعرض النزاع على المحاكم التحكيمية بالجزائر بشأن الصفقات الدولية، وإذا لم تسمح ظروف التفاوض بذلك فإنه من الضروري اعتماد قانون بلد محايد وعرض النزاع على تحكيم غير مؤسساتي "ADHOC" أو عرضه على تحكيم مؤسسات تحكيمية لبلد محايد بالنسبة لأطراف الصفقة.

8/الحرص على متابعة الإجراءات حال قيام النزاع والتحري خاصة في الآجال وفي اختيار المحامين المشهود لهم بالخبرة في الميدان.

9/ضبط إجراءات التحكيم والإعلان عن قوائم المحكمين الأكفاء في هذا المجال أي الصفقات العمومية، وإنشاء هيئات تحكيمية بالجزائر.

10/ربط مقتضيات المادة 800 من ق،م،إ،ب،المواد 975 و 976 و 1006 من ذات القانون وكذا المواد 2 و 62 و 115 من تنظيم الصفقات العمومية حتى تتوضح الأفكار أكثر وتتحدد ولا تبقى مبعثرة في نصوص متفرقة يصعب الإلمام بها أو فهم فحواها.

11/النص قانونا على ضم المنازعات المتعددة الأطراف لحسمها بحكم أو قرار تحكيمي واحد على نحو ينسق الحلول القضائية لتلافي صدور أحكام تحكيم معارضة.

12/التدخل من أجل جعل المصلحة المتعاقدة تحترم تعهداتها وتقوم بتنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها طواعية واختياراً، وألا تحاول عرقلة تنفيذ أحكام التحكيم، ولا تتمسك بحصانتها ضد التنفيذ، إذ أن هذه الأساليب تفقد المصلحة المتعاقدة من مصداقيتها في تعاملها مع المتعاقدين.

13/ وبشأن اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية فإنه من الضروري تعديل أحكام المادة 800 من ق،إ،م،إ من أجل إحداث الملائمة مع نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

14/ضرورة الأخذ بالعناصر المحددة للصفقة العمومية كعقد اداري إلى جانب المعيار العضوي لتحديد طبيعة المنازعة الإدارية أو التصريح بالطبيعة الإدارية للصفقة العمومية وكذا اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاتها لأجل ضبط قواعد الاختصاص النوعي حتى لا يتم الاعتداء على اختصاص القضاء الاداري بتوزيع منازعة من طبيعة واحدة بين قضاء إداري وقضاء عادي.ولهذا يجب أن يتوحد موقف القضاء حول الموضوع ويتخذ موقف لا رجعة فيه يؤكد من خلاله توجهه بما يسمح بتوضيح الرؤية للجميع من قضاة، وممارسين، طلبة، أساتذة ومتقاضين.

15/تناول نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في النصوص القانونية وتحديد معالمها سواء من ناحية المفهوم أو آثار التطبيق مادام يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

16/ضرورة التدخل لحسم الإشكال الوارد في المادة 804 من ق،إ،م،إ والمتعلق بالاختصاص الإقليمي في منازعات صفقات الأشغال واستبدال "مكان تنفيذ الأشغال" بـ"مكان إبرام عقد الأشغال".

17/السماح للهيئات الوطنية المستقلة برفع دعوى استعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات أمام القضاء الإداري.

18/أن يكون رفع دعوى الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات أمام قاضي الموضوع وبإجراءات سريعة بسبب وجود حالة مستعجلة، خاصة وأن هذا المسلك ثابت في منازعات الأحزاب السياسية مع ضرورة تقصير الآجال والمهل.

19/إحداث إجراءات خاصة بالمنازعات الإدارية وكذا منازعات الصفقات العمومية شرط أن تكون سريعة نظراً لأهمية عنصر الزمن في مجال الصفقات العمومية.

20/ضرورة أن يفرض القاضي الإداري رقابته باعتماد مبدأ تدرج القواعد القانونية.

21/إنشاء هيئات قضاء الاستئناف.

كل هذه التوصيات أو الاقتراحات يمكن فتح باب الاجتهاد أمامها خاصة وان أعمال الاستثناءات جائز في ظل ما تستند إليه من مبررات.

كان ذلك عن منازعات الصفقات العمومية وطرق تسويتها وديا وقضائيا، ويبقى مجال البحث مفتوحا بخصوص دراسة "مبدأ المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية"، بحيث يبرز في ذلك اختصاص القضاء الإداري إلى جانب اختصاص مجلس المنافسة، وكذا دراسة "جرائم الفساد في الصفقات العمومية" والتي يختص بنظرها القضاء الجزائي.



# قائمة المراجع

\* المراجع:

أولاً: الكتب

I- الكتب باللغة العربية

1. أبو الوفاء (حسن): التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
2. أبو زيد (رضوان): الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
3. أنور حمادة (محمد): القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
4. بعلي (محمد الصغير): العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005.
5. بعلي (محمد الصغير): المحاكم الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005م.
6. بن الشيخ آت ملويا (حسين): مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
7. بن الشيخ آت ملويا (حسين): المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2006.
8. بوضياف (عمار): الصفقات العمومية بالجزائر، ط1، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، 2007.
9. بوضياف (عمار): شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، 2011.
10. تراعي (نعيمة): هنوني (نصر الدين)، تقديم: خلوفي (رشيد)، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، 2009.
11. الجرف (طعيمة): رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
12. جمال عباس (عثمان): النظرية العامة .. وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي، الإسكندرية، 2006.

13. حسن النيداني (الانصاري): الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية 2001.
14. حسن سيد أحمد خليل (نجلاء): التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 2003-2004.
15. حسن هند (محمد): التحكيم في المنازعة الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
16. حسين مصطفى (حسين): القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 1987.
17. حلمي (محمود): العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، 1977.
18. حمد باشا (عمر)، زروقي (ليلي): المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003.
19. حمدي باشا (عمر): مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، 2002.
20. خلوفي (رشيد): قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2005.
21. خليفة (عبد العزيز): ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، 2008.
22. زيدان (علي الدين): السيد (محمد): الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، إجراءات رفع الدعوى الإدارية، مج2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.
23. السيد (سابق): فقه السنة، مج3، دار الكتاب العربي، ط5، 1983.
24. السيد التحيوي (محمد): إلتجاء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
25. الشبخلي (عبد القادر): لجان المجلس البلدي، الجامعة المستنصرية، بغداد، 1987.

26. شيهوب (مسعود): المبادئ العامة المنازعات الإدارية، الاختصاص، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
27. شيهوب (مسعود): المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
28. طاهري (حسين): قضاء الاستعجال فقهاء وقضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن، دار الخلدونية، 2005.
29. الطماوي (سليمان): الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي القاهرة، 1991.
30. الطماوي (سليمان): النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1996.
31. الطماوي (سليمان): نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) -دراسة مقارنة-، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1966.
32. عبد المجيد إسماعيل (محمد): عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الجليل الحقوقية، لبنان، 2003.
33. عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
34. عبد المنعم خليفة (عبد العزيز): تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيمًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
35. عجة الجيلاني: قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية في اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية، 2000.
36. العطار (فؤاد): القانون الإداري، طبعة 1976، دون نشر، مصر.
37. عليوش قربوع (كمال): التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2004.
38. عوابدي (عمار): دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.

39. عوابدي (عمار): القانون الإداري، النشاط الإداري، ج2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
40. عوابدي (عمار): النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
41. الفؤاد (صالح): مبادئ القانون الإداري الجزائري، ط4، دار الكتاب اللبناني، لبنان، 1983.
42. فؤاد عبد الباسط (محمد): أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون تاريخ.
43. فودال (جورج)، دلفوفي (بيار): ترجمة: القاضي (منصور)، القانون الإداري، بيروت، 1997.
44. لباد (ناصر): القانون الإداري التنظيم الإداري، ج1، Le BED، ط3، الجزائر، 2003.
45. لباد (ناصر): القانون الإداري النشاط الإداري، ج2، Le BED editeur، الجزائر، 2004.
46. المتولي (مجدي): التعليق على قانون المناقصات والمزايدات الجديدة الصادر بالقانون 19 لسنة 1998، ط1، دار الفكر والقانون، مصر، 2000.
47. محمد جعفر الهاشمي (رشا): الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
48. محيو (احمد)، ترجمة انجق (فائز) و ببيوض (خالد): المنازعات الادارية ط5 ، ، د م ج ، الجزائر، د ت.
49. محيي الدين مصطفى أبو أحمد (علاء)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاملات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2008.
50. مناني (فراح): التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

51. منصور أحمد (محمد): الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

## II- الكتب باللغة الفرنسية و الانجليزية :

1. Auby (J.M): L'arbitrage en matière administratif.
2. Audy (J.M), Aider (R.D): Traité de Contentieux Administratif, T2, 3eme Edition, Paris, 1984.
3. Berbia (Lovice): Le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratif, RDP, 1941.
4. Bergeal (Cathrine), Lenica (Frederic): Contentieux des Marchés publics, Imprimerie nationale, Edition Paris, 2004.
5. De Laubadere (André) et Autres: Traité de Droit Administratif, Droit administratif général, T1, 17<sup>eme</sup> édition, LGDJ, Paris, 2002.
6. Debbash (Charles): Contentieux Administratif, 2<sup>eme</sup> édition, Paris, Dalloz.
7. Debbash (Charles): Institution de droit Administratif, T2, Collection Athemis, PUF, Paris, 1978.
8. Douglas (A), Stephenson: Practice in Construction Contracts, Third Edition.
9. Fauchard (H), Gaillard (E): Goldmen (B): Traité de l'Arbitrage commercial international – Litec, 1996.
10. Gerard (Marcou) et Amould (Noury): Les Alternatives au règlement par: Juridiction des litiges intéressants l'administration, Ed Roneo, Paris, 2006.
11. Hold (Soworth): History of English law, Vol<sub>XIV</sub>.
12. Lajoye (Christophe): Droit des Marches Publics: Copyright Gualino, Editeur E.J.A, Paris, 2005, copyright Berty Edition, Alger, 2007
13. Monin (Marcel): Arrêts Fondamentaux du droit Administratif, Ellipses, Paris, 1995.
14. Nael (G) : Bussni the Fidic form of contract, 2<sup>nd</sup> edition, 4<sup>rd</sup> ed of reed Book, 1997.
15. Pastorel (Jean Paul): L'expertise dans le contentieux administratif, Edition, LGDJ, Paris, 1994.

16. Peisir (Gaustrave): Droit générale administratif, 7<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, Paris, 1999.
17. René (David): L'arbitrage dans le commerce Internationale édition 1, Economico, Paris, 1982.
18. Robert (Jean): L'arbitrage: droit interne –droit international, Privé, Dalloz, 1993.
19. Trari Tani (Mostafa): Droit Algérien de L'arbitrage, 1<sup>er</sup> edition, berty, Edition, Metidja impression, Alger, 2007.
20. Vedel (George); Droit Administratif, 3<sup>ème</sup> Edition, Ed 1964.
21. Velley (S): Droit Administratif, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 2003.
22. Vincent (J), Ghinshard (S): Procédures Civiles, 25<sup>ème</sup> Edition, Dalloz.
23. Waline (M): Précis de droit administratif, 1962.

ثانيا: النصوص الرسمية

I- النصوص الرسمية باللغة العربية:

1. الدساتير:

1. الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7/12/1996، الجديدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 8/12/1996.

2. القوانين العضوية:

1. القانون العضوي 09/97، المؤرخ في 6/03/1997، المتعلق بالأحزاب السياسية، ج.ر.ع 12، الصادرة في 6/03/1997.
2. القانون العضوي 01/98، المؤرخ في 30/05/1998، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ع 37، الصادرة في 31/05/98.
3. القانون العضوي 02/98 المؤرخ في 30/05/1998، المتضمن اختصاصات المحاكم الإدارية وتنظيمها وعملها، ج.ر.ع 37، الصادرة في 31/05/98.

### 3. القوانين:

#### أ- القوانين باللغة العربية:

1. الظهير الشريف بمثابة قانون، رقم 174.447 المؤرخ في 30/09/74 المتضمن قانون المسطرة المدنية، ج.ر.ع 3230 مكرر، الصادرة بتاريخ 30/09/74.
2. القانون 23/90 المؤرخ في 18/08/90 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ع 36، الصادرة في 22/08/1990.
3. القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، ج ر عدد 2، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.
4. القانون 27 لسنة 1994 الصادر بتاريخ 18 أبريل 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.
5. القانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ع 14، الصادرة في 08/03/2006.
6. القانون 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-07-1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5584 الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 2007.
7. القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، الصادرة في 23/04/2008.
8. القانون 12/08 المؤرخ في 25/06/2008، المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة ج.ر.ع 36 الصادرة في 02/07/2008.
9. - القانون 05/10 المؤرخ في 15/08/2010 المعدل للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 46 الصادرة في 18/08/2010 .

#### ب- القوانين باللغة الفرنسية:

1. Loi 71-80 du 29 Décembre 1971, Modifiant certaine dispositions du code des procédures civiles Loi N°66 du 8/06/1966, Portant code de matchés publics Français, J O N°02.

#### 4. الأوامر:

#### أ- الأوامر باللغة العربية:



1. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8/0/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية،  
جديدة رسمية، عدد 49 المؤرخة في 11/06/1966.
2. الأمر 90/67، المؤرخ في 17/06/1967 المعدل والمتمم والمتضمن قانون  
الصفقات العمومية، جديدة، رسمية عدد 152 المؤرخة في 27/06/1967.
3. الأمر 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المعدل لـ ق. إ. م. إ. ج ر عدد 2،  
الصادر بتاريخ 7 جانفي 1972.
4. الأمر 44/75 المؤرخ في 1975 المتعلق بالتحكم الإجباري في بعض الهيئات، ج.ر.  
عدد 53 الصادر بتاريخ 4 جويلية 1975.
5. الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية  
وتسييرها وخصائصها، ج ر عدد 47، الصادرة في 22 أوت، 2001.
6. الأمر 04/05 المؤرخ في 18/07/2005 المتضمن قانون الولاية، ج.ر.ع 50،  
الصادرة في 19/07/2005.

#### 5. المراسيم:

#### أ- المراسيم باللغة العربية:

1. المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25/04/1993، المعدل لقانون الإجراءات  
المدنية، ج.ر.ع 27، الصادرة في 27/04/1993.
2. المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26/05/1994، المتضمن قانون المالية التكميلي  
لسنة 1994، ج.ر.ع 37، الصادرة في 28/05/1994.
3. المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل  
العمومي، ج ر عدد 15 المؤرخة في 13/04/1982.
4. المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 04/07/1988، المتعلق بالعلاقات بين الإدارية  
والمواطن، ج.ر.ع 27، الصادرة في 06/07/1988.
5. المرسوم رقم 90-02 المؤرخ في 06/04/1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات  
الجماعية للعمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج.ر.ع 6، الصادرة 07/02/1990.
6. المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات  
العمومية، ج ر عدد 5/ المؤرخة في 27 جويلية 2002.

7. المرسوم الرئاسي 301-03 المؤرخ في 11/09/2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24/07/2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد55، المؤرخ في 14/09/2003.
8. المرسوم الرئاسي رقم 338-08، المؤرخ في 26/1/2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02، تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62، المؤرخ في 09/11/2008.
9. المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07/10/2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع58، الصادرة في 07/10/2010.
10. المرسوم الرئاسي رقم 11-98، المؤرخ في 11/03/2011، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع12، الصادرة في 16/03/2011.
11. المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 16/06/2011 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع34، الصادرة في 19/06/2011.
12. المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18/01/2012، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع04، الصادرة في 26/01/2012.
13. المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 57 الصادرة في 13/11/1991.

**ب- المراسيم باللغة الفرنسية:**

1. Décret N°2001 du 7/05/2001, Portant code des Marchés Publics, JO, N°571 du Mars, 2001.
2. Décret N°2011-104 du 14 Septembre 2011, Portant code des Marches publics, JORF N°0024 du 24 Janvier 2012.

**6. القرارات والبيانات:**

1. قرار وزير التجارة المؤرخ في 11 نوفمبر 1974، المنظم للنظام الداخلي للجنة المركزية للصفقات، ج ر.ع 25، الصادرة بتاريخ 21/03/1975.
2. بيان مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 18 ديسمبر 2011، منشور على الموقع:

ثالثاً: الرسائل الجامعية

I-رسائل الدكتوراه:

1. رسائل الدكتوراه باللغة العربية:
  2. بوصنوية خليل: القرار التحكيمي وطرقا تطعن فيه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.
  3. بوالصلصال نور الدين، الاختصاص في سكوية النزاعات التجارية الدولية، عن طريق التحكيم، دكتوراه علوم، جامعة منتوري، كلية الحقوق، 2010-2011.
  4. عليوات ياقوتة: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010.
2. رسائل الدكتوراه باللغة الفرنسية:

1. Benagi (Charif): L'évolution de la réglementation des Marchés Publics en Algérie, T1, Thèse de doctorat d'état en droit, Université d'Algérie, 1991.

II-مذكرات الماجستير:

1. مذكرات الماجستير باللغة العربية:
  1. بحري (إسماعيل): الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009.
  2. بزاحي (سلوى): رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، دعوى الإلغاء نموذجا، مذكرة تخريج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، جامعة (باجي مختار)، عنابة، كلية الحقوق، مارس 2007.
  3. بلعابد (عبد الغني)، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007-2008.

4. بلعيد (بشير): القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، رسالة ماجستير، منشورة بانته، مطابع قرفي، الجزائر، 1995.

5. بوحلايس (إلهام): الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2004-2005.

6. عبدلي (سهام): دعوى القضاء الكامل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، جامعة أم البواقي، 2008-2009.

7. عبيد (ريم): طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع المؤسسات الإدارية والدستورية، المركز الجامعي (الشيخ العربي التبسي)، 2004-2005.

8. قاضي (أنيس فيصل): دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات الإدارية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011.

9. لوصيف (نوال): فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات، السياسية والإدارية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006-2007.

## 2. مذكرات الماجستير باللغة الفرنسية:

1. Bou Abdallah (Mokhtar): Impératifs Economiques et Passations des Marchés Publics, Etude comparé à l'entreprise publique . Mémoire de Magister en droit économique, Institut de droit et sciences administratifs, 1994.

## رابعاً: المقالات

### I-المقالات باللغة العربية:

2. بلعيز (الطيب) السيد وزير العدل، حافظ الأختام، مناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 09/08، بالجلسة العلنية المنعقدة يوم 2008/01/06، دورة عادية أولى، مجلة المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، رقم 48، الصادرة في 2008/01/30.

3. بن صاولة (شفيقة): الصلح والوساطة كطريقتين بديلين لحل النزاع الإداري، مجلة الإدارة، عدد خاص، في إطار مستجدات قانون الإجراءات المدنية وإدارية الجريدة.

4. بنعياش (رشيد): الرقابة على الصفقات العمومية بالمغرب، الحوار المتمدن، ع 2935،  
www. Ahewar.org، منشور على الموقع: 2010/03/5
5. جنادي (عبد الحميد): مدى سلامة تطبيق القانون في مجال المنازعات الإدارية، المجلة القضائية (عدد خاص) بملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
6. زغداوي (محمد): مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية، في ظل الإصلاح القضائي الجديد، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، ع13، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2000.
7. سليمان الطماوي (محمد): قواعد الاختصاص في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة المصري، مطبعة مخيمر، السنة السابعة، مصر.
8. شراق (محمد): أويحي يحدد نهاية مارس آخر أجل لتشكيل لجان الصفقات العمومية، جريدة الخبر اليومي الصادرة بتاريخ 31 جانفي 2011
9. غناي (رمضان): قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشور بمجلة مجلس الدولة، ع9، 2009.
10. فخامة الرئيس بوتفليقة (عبد العزيز): كلمة ألقاها عند افتتاح السنة القضائية 2001-2002، منشورة بالمجلة القضائية، ع1، 2002.
11. كمال (عبد العزيز): الإجراءات أمام المحاكم الإدارية، منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص بملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
12. مادي (كريم): سوناطراك الجزائرية تتوصل إلى اتفاق مع المجموعتين الأمريكية "أناداركو الجزائر" والدانماركية "مايرسك أولي" الجزائر، منشور على الموقع: www. Nuqudy.com
13. محجوبي (أحمد): دور التحكم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2010.
14. محدة (محمد): الإثبات في المواد الإدارية، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، ع2، دون تاريخ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

15. المساوي (رشيدة): نزاعات الصفقات العمومية بعد إبرام العقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: [http:// Messaoui.Jeeran.com](http://Messaoui.Jeeran.com).

16. نويري (عبد العزيز): المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها، منشور بمجلة مجلس الدولة، ع8، 2006.

## II-المقالات باللغة الفرنسية:

1. Blaise (Jean Bernard) et Idot (Laurence): Concurrence (Chroniques), Revue trimestrielle de droit Européen, 31(4), Octobre -Décembre 1995.
2. Overny (Sophie): Le référé de suspension de régulation de juge AJDA, 20 Septembre, 2001, N°9.
3. Moussa (Zahia): Vers le durcissement de la réglementation des Marchés publics en Algérie, Revue le Moniteur, N°107, Février, 2011.

## 4. خامسا: المداخلات

### I- المداخلات باللغة العربية:

1. بن صاولة (شفيفة): السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع: مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني المنعقد بجامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 28 و 29 أبريل 2009.

### II- المداخلات باللغة الفرنسية:

1. - Sauve (Jean Mari): Intervention « l'arbitrage et les personne morales de droit publics ».W.W.W. conseil-état. Fr.

## سادسا: المجالات

### I-المجلات باللغة العربية:

#### 1 -مجلات مجلس الدولة:

1. مجلة مجلس الدولة، عدد1، سنة 2002.
2. مجلة مجلس الدولة، عدد2، سنة 2002.
3. مجلة مجلس الدولة، عدد3، سنة 2003.
4. مجلة مجلس الدولة، عدد4، سنة 2003.

5. مجلة مجلس الدولة المصري، عدد7، السنة 2005.
6. مجلة مجلس الدولة المصري، عدد7، سنة 2005، مطبعة مخيمر.
7. مجلة مجلس الدولة، عدد6، سنة 2008.
8. مجلة مجلس الدولة، عدد7، سنة 2009.
9. مجلة مجلس الدولة، عدد9، سنة 2009.

## 2-المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 3، سنة 1990.
2. المجلة القضائية المحكمة العليا، عدد1، السنة 1990.
3. المجلة القضائية، عدد خاص بملتقى الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
4. المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد1، ص2002.
5. مجلة المحكمة العليا المغربية، عدد خاص، سنة 2010.

## 3-مجلات الاجتهاد القضائي:

1. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة و الجمعية العمومية اقسامي الفتوى و التشريع في العقود الادارية في 40 عاما من اول اكتوبر1955الى اخر سبتمبر سنة 1955 .
2. مجموعة المجلس للسنة 11.
3. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد2، دون تاريخ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة.

## 4-مجلات الإدارة:

- المجلة الإدارة، عدد خاص في إطار مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجديد، دون تاريخ.

## 5-مجلات العلوم الإنسانية:

1. مجلة العلوم الإنسانية، عدد13، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2000.

## 6-الموسوعات القضائية:

2. -الموسوعة الادارية المدنية. الجزء 10.

**II- :المجلات باللغة الفرنسية**

1. Revue d'Arbitrage .1960.
2. -Revue trimestrielle de droit européen 31(4) Octobre-December 1995.
3. AJDA 20 Septembre 2001 .N° 9.
4. -Revue « Le Moniteur » N°107 ,Fevrier 2011.

سابعا -المحاضرات:

**I-المحاضرات باللغة العربية**

1. بن ناجي (شريف)، محاضرات في الصفقات العمومية، ملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء دفعة 14، العام الأكاديمي 2004-2005.

**II-المحاضرات باللغة الفرنسية:**

1. Bennadji (Charif), Cours de méthodologie, présenté aux Étudiants de la 14° promotions, Ecole supérieur de la Magistrature, Alger, 2004-2005.

ثامنا-المواقع الالكترونية:

- 1-Droit Marco.blogspot
- 2-www. Ahewar .org.
- 3-[www. conseil état.fr](http://www.conseil-état.fr)
- 4-www. Hardis aision.com
- 5-www. Marché public.fr
- 6-[http:// Messaoui. Jeeran.com](http://Messaoui.Jeeran.com).
- 7-www. nuqudy.com
- 8-www. Premier-ministre.gor.dz.
- 9-www. Rivan.com



## فهرس الموضوعات

حمد و شكر  
اهـداء  
ملخص باللغة العربية  
ملخص باللغة الفرنسية  
ملخص باللغة الانجليزية  
قائمة المختصرات

6-1	مقدمة
الفصل الاول: اللجوء الى الطعن الاداري و التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية.	
8	المبحث الاول: اللجوء الى الطعن الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
9	المطلب الاول: الطابع القانوني للطعن الاداري المسبق .
10	الفرع الاول: الطابع القانوني للطعن الاداري المقرر في القواعد العامة .
10	اولا: الطابع القانوني للطعن الاداري المقرر في قانون الاجراءات المدنية .
15	ثانيا: الطابع القانوني للطعن الاداري المقرر في قانون الاجراءات المدنية و الادارية .
16	الفرع الثاني: الطابع القانوني للطعن الاداري المقرر في تنظيم الصفقات العمومية .
16	اولا : الطابع القانوني للطعن الاداري قبل صدور المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
20	ثانيا: الطابع القانوني للطعن الاداري بعد صدور المرسوم الرئاسي 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
29	المطلب الثاني: اختصاص لجان الصفقات العمومية بنظر الطعن الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية.
30	الفرع الاول :تحديد لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية.
31	اولا :اللجنة البلدية للصفقات العمومية.
34	ثانيا: اللجنة الولائية للصفقات العمومية .
37	ثالثا : لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية .
38	رابعا:لجنة الصفقات للهيئات الوطنية المستقلة .
39	خامسا:اللجنة الوزارية للصفقات العمومية .
42	سادسا : اللجان القطاعية للصفقات العمومية .
44	سابعا : اللجان الوطنية للصفقات العمومية .
52	الفرع الثاني :الاجراءات امام لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعن الاداري

	لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
53	اولا: شروط رفع الطعن الاداري امام لجان الصفقات المختصة .
55	ثانيا:نتائج و جدوى رفع الطعن الاداري امام لجان الصفقات المختصة .
66	<b>المبحث الثاني</b> : اللجوء الى التحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
66	<b>المطلب الاول</b> : نظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
67	<b>الفرع الاول</b> : مفهوم نظام التحكيم . .
67	اولا:المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم .
69	ثانيا :تعريف القضاء للتحكيم .
71	ثالثا : تعريف القانون للتحكيم .
78	<b>الفرع الثاني</b> : مدى مشروعية التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .
79	اولا :موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية
84	ثانيا :موقف النظام القانوني المصري من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .
91	ثالثا :موقف النظام القانوني المغربي من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .
93	رابعا : موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات الصفقات العمومية .
105	<b>المطلب الثاني</b> : التنظيم الاجرائي للتحكيم لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
105	<b>الفرع الاول</b> : هيئة التحكيم و الاجراءات امامها .
105	اولا :هيئة التحكيم .
110	ثانيا :الاجراءات أمام هيئة التحكيم.
114	<b>الفرع الثاني</b> : صدور الحكم او القرار التحكيمي ،تنفيذه و طرق الطعن فيه .
114	اولا :صدور الحكم او القرار التحكيمي .
117	ثانيا :تنفيذ الحكم او القرار التحكيمي .
118	ثالثا :طرق الطعن في الحكم او القرار التحكيمي .
123	<b>خلاصة الفصل الاول</b> .
<b>الفصل الثاني:اللجوء الى القضاء الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية</b>	
127	<b>المبحث الاول</b> : أساس اختصاص القضاء الاداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية .
127	<b>المطلب الاول</b> : المعيار العضوي في منازعات الصفقات العمومية .
128	<b>الفرع الاول</b> : تحديد المعيار العضوي .
131	اولا : السلطات المركزية في الصفة العمومية
134	ثانيا : السلطات المحلية في الصفة العمومية .
141	ثالثا: المؤسسات العمومية في الصفة العمومية .

141	الفرع الثاني: تقدير المعيار العضوي.
141	اولا :تقدير وجود الاشخاص المعنوية العامة كأطراف في منازعات الصفقات العمومية .
146	ثانيا : تقدير وجود المؤسسات العمومية الصناعية و التجارية و الاقتصادية كأطراف في منازعات الصفقات العمومية .
152	المطلب الثاني :إعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا .
152	الفرع الاول:العناصر التي تجعل الصفقة العمومية عقدا إداريا.
153	اولا : الشكل في عقد الصفقة العمومية .
160	ثانيا :الموضوع في عقد الصفقة العمومية .
164	ثالثا :العتبة المالية الدنيا في عقد الصفقة العمومية .
166	الفرع الثاني : تقدير المعيار المادي .
166	اولا :تقدير الشكل في عقد الصفقة العمومية .
169	ثانيا :تقدير الموضوع في عقد الصفقة العمومية .
174	ثالثا: تقدير العتبة المالية الدنيا في عقد الصفقة العمومية .
175	المبحث الثاني :نطاق اختصاص القضاء الاداري بتسوية منازعات الصفقات العمومية .
175	المطلب الاول :تحديد الدعاوى المرفوعة امام القضاء الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
175	الفرع الاول :اختصاص القضاء الاداري بنظر دعوى الالغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
175	اولا :اساس الطعن بالالإلغاء لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
192	ثانيا :اوجه الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية .
200	الفرع الثاني :اختصاص القضاء الاداري بنظر دعوى القضاء الكامل لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
200	اولا :مبدا خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الكامل و الاستثناء الوارد عليه .
205	ثانيا :تصنيف منازعات الصفقات العمومية الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل .
216	المطلب الثاني :اجراءات سير الدعاوى امام القضاء الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
217	الفرع الاول :رفع الدعوى امام القضاء الاداري لتسوية منازعات الصفقات العمومية .
217	اولا :اعداد عريضة الدعوى الادارية .
219	ثانيا :ايداع عريضة الدعوى الادارية و تبليغها للخصوم .
221	ثالثا: اعداد ملف الدعوى الادارية .

221	الفرع الثاني :اصدار الاحكام او القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية وطرق الطعن فيها .
232	اولا :اصدار الاحكام او القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية .
238	ثانيا :طرق الطعن في الاحكام و القرارات القضائية الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية
244	خلاصة الفصل الثاني .
256-146	خاتمة .
	ملاحق .
257	قائمة المراجع .
273	فهرس الموضوعات .

## ملخص:

سعيًا لتحقيق أفضل الحلول وأحسن الضمانات، يلعب كل من الطعن الإداري، التحكيم و القضاء دورًا مهمًا في تسوية منازعات الصفقات العمومية بغية الوصول إلى تحقيق توازن بين المصلحة المتعاقدة وكذا المتعهد أو المتعاقد معها .

فالطعن الإداري المسبق يحوز مكانة متميزة في القواعد العامة وفي تنظيم الصفقات العمومية ويلجأ إليه سواء تعلق الأمر بمرحلة إبرام الصفقة أو مرحلة تنفيذها، وهو جوازي و ليس من النظام العام يأخذ طابع محاولة صلح، تفصل فيه لجان الصفقات المختصة بالاستناد إلى معايير: عضوية، جغرافية ومالية، وذلك بحكم تركيبتها البشرية الملائمة لإصدار رأيها فيه .

وتصديًا للمشاكل الناجمة بسبب نظر اللجان المختصة في الطعن، أرسى تنظيم الصفقات العمومية قاعدة الحل الودي للنزاع المتعلق بتنفيذ الصفقة وجعله إجباريًا، وهذا موقف يدعو إلى الثناء و التشجيع نظرا لما يحققه من محافظة على المال و الوقت و عدم تعطل المشاريع.

أما عن التحكيم فإنه قد أصبح اللجوء إليه مشروعًا في مجال الصفقات العمومية ، و هذا ما صرح به قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 975 و 976 و 1006 منه بخصوص الأشخاص المعنوية العامة ، كما أحال إليه تنظيم الصفقات العمومية بصفة ضمنية بموجب المادتين 62 و 115 منه، وهذا يفيد بان كل أشخاص الصفقات العمومية يجوز لها تسوية منازعاتها تحكيما شرط الحصول على موافقة السلطة المختصة وإدراج شرط تسوية النزاع تحكيما بالصفقة حتى تكون صحيحة و نهائية و يكون بالتوازي اللجوء إلى التحكيم صحيحا و نهائيا لكن بعد إجراء تفاوض مباشر بين أطراف الصفقة لأجل تسوية النزاع وديا باعتبار أن هذا الإجراء إجباري.

غير انه يمكن للمتعهد أو المتعاقد مع الإدارة أن يلج سبيل القضاء الإداري مباشرة أو بعد فشل المساعي الودية نظرا لما يمكن أن يتحقق من حماية قضائية له من خلال السلطات الواسعة التي يحوزها القاضي الإداري عند نظره في المنازعة من آلاء و تعديل و فرض تعويضات بموجب قرار قضائي يحوز الحجية وكذا فرضه لغرامات تهديدية على الإدارة لتنفيذ هذا القرار، و هذا يؤكد بان القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري و ليس قاضي إدارة.

و حتى تبدي الطرق الودية أو القضائية دورها في تسوية منازعات الصفقات العمومية، فإنه لا بد من أن تهدف عند اللجوء إليها إلى تحقيق المحافظة على المال و الوقت و انجاز المشاريع في أوقاتها لأجل إحداث توازن في العلاقات بين المصلحة المتعاقدة و المتعهد و المتعاقد معها .

## **Résumé :**

Agissant dans le but d'obtenir de meilleures garanties et d'excellentes solutions; des voies amicales ou judiciaires vont chacune jouer un rôle considérable et nécessaire dans la résolution des litiges concernant les marchés publics afin d'obtenir un équilibre des relations entre les parties contractantes.

De ce fait, il a été jugé la résolution à l'amiable exprimée par le recours administratif préalable et à l'arbitrage comme optionnels et non d'ordre public.

Le recours administratif préalable occupe une place spéciale dans le code de procédure civile et administrative; et dans le code des marchés publics, et par conséquent ;il est utilisé que ce soit durant la phase de passation des marchés publics ou la phase d'exécution, et tant prend on outre le caractère de la conciliation dont il sera statué par des commissions compétentes des marchés tenant compte des critères : organique; géographique, et financier vu la composante humaine à même de donner un avis de conformité en question du dit recours.

Par crainte dans des problèmes passés par des différents points de vues des commissions compétentes, le code des marchés public a mis la règle basée sur la résolution à l'amiable des litiges relatifs à l'exécution du marché, et l'a rendu obligatoire, ce ci appel par voie de conséquence et incite à l'encouragement du fait de sa préservation de l'argent, le temps, et de la continuité des projets.

Et tant prohibé, il est devenu légitime d'y recourir à l'arbitrage concernant le domaine des marchés publics, comme il lui transmet le code des marches publics d'une façon implicite de ses articles 62 et 115 alinéa1, ce qui confirme qu'il est possible de régler les litiges de toute personne par l'arbitrage à condition d'obtenir l'approbation de l'autorité compétant, et d'y insérer la condition de résolution litige par le recours à l'arbitrage au marchés afin que ce dernier soit valable et définitif et qu'ont parallèle, la résolution par voie de recours à l'arbitrage soit valable et définitif mais après une négociation directe entre les partie du marché afin de régler le litige à l'amiable, étant donné que cette procédure est obligatoire.

Cependant, le contractant avec l'administration peut prendre la route de juridiction administratifs directement ou après l'échec de la résolution à l'amiable, compte tenu de la protection judiciaire qu'il bénéficiera grâce aux autorités étendues que possède le juge administratif lors de sa constatation de litige, vu qu'il peut annuler, modifier et imposer des indemnités en vertu d'un jugement judiciaire ayant l'opposabilité, ainsi qu'imposer des astreintes à l'administration pour qu'elle exécute ce jugement, ce qui confirme que le juge dans les litiges administratif et un juge administratifs et pas un juge d'administration.

Et afin que les voies à l'amiable ou judiciaire accomplissent leur rôle dans la résolution des litige des marchés publics, il est indispensable quand on les choisies de viser la préservation d'argent et du temps et la réalisation des projets dans leurs délais, pour obtenir l'équilibre des relation entre les parties contractantes.

## **Abstract :**

In order to obtain better solutions and guarantees, each of the amicable and judicial ways play a very important part in the settlement of disputes of public deals in order to maintain the balance of relations between the contracting parties and the contractor.

And therefore, the amicable settlement which is the administrative appeal and the arbitration is considered optional and not from public order.

Given that the administrative appeal has a special place in the general rules and public deals organization, it is sought either on the stage of deal concluding or on the stage of its execution, it is characterized by the attempt of conciliation which is determined by the relevant committees, of according to organic, geographic and financial standards, based on their appropriate Human structure to give a corresponding opinion.

Fearing of encountering problems because of the perspective of relevant committees in appeal, the regulation has to put the rule of amicable settlement of disputes concerning the execution of the deal and made it obligatory, the thing that should be encouraged given the money and time and it preserves, in addition to the continuity of projects.

Regarding the arbitration , it became a legitimate interest in the field of public deals and in the context of international economic relations or the agreements accredited by Algeria, and that is what is stipulated by the civil and administrative procedures code in sections 975.976 and 1006 concerning general legal entity, as it has referred to it the organization of deals in an implicit way, according to its sections 62 and 115, which confirm that it is possible to resolve the disputes of any public deal person by legal action, seeing that it is related to rights having the full power,

condition of obtaining the agreement of the relevant committee, and the insertion of the deal dispute settlement by arbitration condition, so that it is right and final, in the other hand, the settlement by legal action will be right and final too, but after a direct negotiation between the parties of the deal aiming to settle the dispute amicably, as this procedure is mandatory.

However, the contractor with the administration can choose the way of administrative legal action directly or after failure of the amicable methods, taking into account the legal protection that he will benefit thanks to the extended authorities of the administrative judge at his statement of the dispute, as he can cancel, amend and enforce payments under a court judgment which has the opposability, also impose periodic penalty payments on the administration in order to execute the judgment, which confirms the judge in the administrative litigation is an administrative judge, not a judge of Administration.

And to ensure that the amicable or the legal action ways do their role in settling public deals disputes, it is essential when they are chosen to aim the preservation of money and time and the achievement of projects in time to maintain the balance of relations between the contracting parties and the contractor.