جامعة زيان عاشور – الجلفة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية في الجزائر

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص إدارة ومالية

إعداد الطالبتين:
أمينة بن سعد
حنان دايري

إشراف الدكتور :
ساعد العقون

لجنة المناقشة:

1-صدارة محمد .....رئيسا

2-ساعد العقون..... مقررا

3-أحمد بن الصادق .....مناقشا

الموسم الجامعي 2018/2017

إهداء

إلى والدي الكريمين حفظهم الله.

إخوتي و أخواتي الأعزاء

إلى أساتذتي الأفـاضل فيرم فاطمة الزهراء ، ساعد العقون

بن الصادق احمد و لعروسي سليمان.

و كل من مد لي يد العون و المساعدة من الأساتذة و الأصدقاء والمقربين في

مسيرتي الدراسية

إهداء

إلى والدتي الكريمة حفظها الله

إلى روح والدي الطاهرة

إلى زوجي الحبيب

أختي وإخوتي الأعزاء

إلى أساتذتي الأفـاضل فيرم فاطمة الزهراء ، ساعد العقون

بن الصادق احمد و لعروسي سليمان.

و كل من مد لي يد العون و المساعدة من الأساتذة والأصدقاء والمقربين في

مسيرتي الدراسية

شكر و تقدير

اعترافا بالفصل والجميل، نتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى الأستاذ

الدكتور ساعد العقون الذي أشرف على هذا العمل، وزودنا بالنصائح وا لتوجيهات

فنسأل الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناته، فجزاه الله عنا كل خير.

مقدمة

مقدمة

يعتبر نظام الصفقات العمومية النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية من اجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد، وقد عرفت اهتماما كبيرا من المشرع الجزائري من حيث مجاله في القانون والعلوم الاقتصادية حيث يعتبر محور للتنمية والاستثمار ، و نتيجة للتزايد المذهل لقضايا الفساد و للمنازعات الناشئة خلال إبرام أو تنفيذ الصفقة. إن الصفقات العمومية هي قناة أساسية في تحريك المال العام من خلال النفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة مبرمة بين مصلحة متعاقدة و متعامل متعاقد أخر أو أكثر، تحدد فيها واجبات كل طرف متعاقد. تهدف الى تلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة حسب الأهداف المسطرة و الأولويات المدروسة .

و تشمل هذه العقود انجاز أشغال و لوازم ، انجاز دراسات أو تقديم خدمات يقوم بتنفيذها احد المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة .

لقد تابع المشرع الجزائري في تعديل القوانين المنظمة للصفقات العمومية لتدارك النقائص التي عرفتها القوانين السابقة ، و لتكريس مبدأ الشفافية و احترام مبدأ المنافسة بين المتنافسين و التي هي من المبادئ الأساسية التي اعتمدها المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المؤرخ في : 16 سبتمبر 2015 جريدة عدد 50 الذي تبنى تدابير جديدة تتعلق بموضوع الصفقات و تحديد مستوياتها وكيفيات وإجراءات إبرامها ، و معايير تحديد المتعاملين و تحديد المسؤوليات ، و تسوية النزاعات التي يمكن حدوثها أثناء مرحلة الإبرام أو التنفيذ. فقد يحدث تصادم بين مصلحة الشخص المعنوي باعتباره أحد أطراف العقد مع مصلحة المتعاقد معها أو المتعهد ، باعتباره الطرف الثاني في هذا العقد ، و ذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام هذا الشخص المعنوي لسلطاته تجاه المتعاقد أو عند أداء الالتزامات المتبادلة بينهما ، وهذا سيؤدي لا محالة إلى رفض اعتراض الطرف المتضرر،

و بالتالي قيام منازعات الصفقات العمومية ، ومنه نجد صاحب الحق يلجأ إلي الطريق القانوني لأجل المطالبة بحقه وفقا للقانون المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

مقدمة

إن منازعات الصفقات العمومية من المواضيع التي عرفت إشكالات لاسيما من حيث تكييف الصفقات العمومية و هذا ما ترتب عنه تنازع الاختصاص القضائي ومن هو القاضي المختص العادي أو الإداري بالنظر في المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية.

و عليه يستمد موضوع الدراسة أهميته من المكانة التي تختلها الصفقات العمومية كأداة ترتبط بالمال العام ، اذ حرص المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل من التعديلات تحكم العمل التعاقدي بمختلف أشكاله و أنواعه، و قنن الوسائل التي يتم بها التعاقد و أعطى من الامتيازات ما يخدم المصلحة العامة ، و أولى أهمية للاختصاص القضائي في للنزاعات التي يمكن أن تنشا أثناء إبرام آو تنفيذ الصفقة العمومية.

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية موضوع قانون الصفقات العمومية بصفة عامة على هذا القدر من الأهمية ، فإن أهم ما فيه هو منازعات الصفقات العمومية وذلك لاعتبارات أساسية أهمها ما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية مباشرة، والمنازعات التي تكون أحد أطرافها الإدارة ممثلة في الهيئات التي تخضع في إبرام عقودها إلى قانون الصفقات العمومية، كما تكمن أهمية منازعات الصفقات العمومية في ارتباطها المباشر بالمال العام ، فهي بهذا نزاع بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة على إبرام أو تنفيذ عقد ممول عن طريق ميزانية الدولة ، لذلك وجب البحث عن الآليات القانونية و القضائية التي تؤدي إلى حل النزاع بين الطرفين بالدرجة الأولى و المحافظة على المال العام بدرجة أخرى، كما ترتبط منازعات الصفقات العمومية بفكرة المصلحة العامة ، خاصة لأن الغاية المرجوة من إبرام الصفقات العمومية بالنسبة للإدارة هي تحقيق النفع العام ، لذلك فان أي نزاع يثار بين المتعامل المتعاقد و بين الإدارة المعنية بالصفقة يكمن في أن الطريقة التي أبرمت بها الصفقة العمومية أو الكيفية التي نفذت بها لا تحقق المصلحة العامة .

الهدف من الدراسة :

تهدف هذه الدراسة أساسا إلى توضيح الأطر القانونية المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية من خلال دراسة النصوص القانونية المتعلقة بها، بالإضافة إلى النظر في بعض الإشكالات القانونية التي تطرح المنازعات المتعلقة بين القانون بالصفقات العمومية و بين القواعد العامة المقررة في قانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية و التجارية.

أسباب الدراسة:

فيما يخص الأسباب الذاتية فإنها تتمثل في الرغبة النفسية الملحة في تناول الموضوع الذي يعتبر الأكثر تعقيدا في الصفقات العمومية، وتعود هذه الرغبة إلى الاحتكاك المباشر بمنازعات الصفقات العمومية في أكثر من مناسبة.

أما الأسباب الموضوعية تتمثل في فقر المكتبة الجزائرية لأبحاث متخصصة في هذا المجال ، كما أن معظم الأبحاث السابقة في هذا الموضوع كانت في شكل هوامش و فروع في إطار المؤلفات العامة للقانون الإداري ، بالإضافة إلى قلة المراجع في أطار القانون الجديد الخاص بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

الإشكالية:

إذا كانت عقود الصفقات العمومية تعرف بأنها عقود مكتوبة دون تحديد طبيعتها القانونية من جهة , فإنها تخضع لأساليب العقود الإدارية في إبرامها و تنفيذها عن طريق امتيازات السلطة العامة من جهة أخرى .

كيف عالج المشرع الجزائري مسألة الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية ؟

المنهج المتبع :

لدراسة هذا الموضوع تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، لتوضيح أهم النصوص القانونية، مستعملين تحليل النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية و آراء فقهاء القانون ، مع الاعتماد في بعض الأحيان على القانون المقارن .

الخطة:

للإحاطة بموضوع الدراسة فقد ارتأينا إلى تقسيم الموضوع إلى فصلين رئيسيين :

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقد الصفقات العمومية

الفصل الثاني : الصفقات العمومية بين القاضي الإداري و القاضي العادي

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لعقد الصفقات العمومية

عرفت الصفقات العمومية اهتماما كبيرا من المشرع الجزائري من حيث مجاله في القانون والعلوم الاقتصادية حيث يعتبر محور للتنمية والاستثمار من جهة ومن جهة أخرى نتيجة للتزايد المذهل لقضايا الفساد و للمنازعات الناشئة خلال إبرام أو تنفيذ الصفقة. هو موضوع الصفقات العمومية في أطار عام وموضوع الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية كإطار خاص، إن الصفقات العمومية هي قناة أساسية في تحريك المال العام من خلال النفقات العمومية ودور الاعتمادات في تنمية الاقتصاد والاستثمار في شكل عام وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إصدار حزمة من القوانين المصدرة للصفقات العمومية ،و كانت البداية بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 و المرسوم الرئاسي رقم 02 -250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل و المتمم بالمرسومين الرئاسيين رقم 301/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2000 و رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و الذي حاول من خلاله المشرع تنظيم الصفقات العمومية من اجل حماية المال العام في كل المراحل التي تمر بها الصفقة .

بالرغم من كل هذه المراسيم إلا انه تبين للمشرع انه لم يحقق الأهداف التي صدر من اجلها و هدا ما دفع المشرع الجزائري إلى إلغاء القانون سنة 2015 و إصدار قانون جديد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي تضمن تعزيزا لآليات حماية المال العام قبل و أثناء و بعد إبرام الصفقة .

و مهما كان حجم و طبيعة الإضافات التي جاء بها القانون تبقى فعاليتها نسبية في تحقيق الأهداف المرجوة لذلك عمد المشرع الجزائري زيادة على الآليات القانونية إلى تكريس آليات أخرى أهمها العمل القضائي خاصة في ظل التخصص بإحداث القضاء الإداري كجهة مستقلة مختصة بالفصل في المنازعات الإدارية .

ولدراسة هذا الفصل نقترح المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الصفقة العمومية كعقد إداري

المبحث الثاني: الصفقة العمومية كعقد تجاري

المبحث الأول:الصفقة العمومية كعقد إداري:

إن العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى قسمين عقود إدارية ومدنية.

ومن بين العقود التي تبرمها الإدارة نجد الصفقات العمومية التي عرفها المشرع في المادة 2 من المرسوم 15-247 بأنها "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

والملاحظ من خلال هذه أن المشرع الجزائري لم يحدد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية عكس قرينه الفرنسي وهذا ما يجعل تحديد الطبيعة القانونية لنزاعات الصفقات العمومية أمر في غاية الأهمية. وهذا من أجل تحديد الاختصاص القضائي، إن كانت تنتمي للقضاء العادي أم للقضاء الإداري، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق أن كان القانون العام أم القانون الخاص، +خاصة بعد سنة 1996 أين تم الانتقال إلى الازدواجية القضائية.

ولأجل تحديد الطبيعة القانونية للصفقات العمومية فقد قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين: نظرية العقد الإداري في النظرية التقليدية والقانون الجزائري (المطلب الأول) وفكرة العقد الإداري في منازعات الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرية العقد الإداري في النظرية التقليدية والقانون الجزائري

يمكن للسلطة الإدارية استعمال العقد في تحقيق أهدافها الإدارية و هذا العقد يمكن إبرامه بين إدارة و إدارة أو بين شخص عادي و إدارة معينة أو بين الإدارات العمومية فيما بينها العقد الإداري يختلف عن العقد الخاص في أمور كثيرة خاصة.

فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود الخاصة متساوية فهي في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب إن تعلو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و هي الفكرة التي تحكم العقد الإداري و لتحديد فكرة العقد الإداري يجب الوقوف على نظرة إلى هذا العقد في النظرية التقليدية و الحديثة و بعدها نظرية العقد الإداري بالجزائر. و سنتناول في ما يلي الصفقة العمومية كعقد إداري في فرنسا و مصر (الفرع الأول) و الصفقة العمومية كعقد إداري في الجزائر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصفقة العمومية كعقد إداري في فرنسا ومصر (النظرية التقليدية)

إذا كانت العقود الإدارية قد خضعت للقضاء الإداري في فرنسا ومصر فلا يعني ذلك إن كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري فهناك من العقود ما تخضع للقضاء العادي حيث إن دواعي التعامل تقتضي في بعض الأحيان أن تكون الإدارة طرفا في العقد كأي فرد من الأفراد العاديين وبالتالي فان المنازعات الناشئة عنه تفصل بها المحاكم العادية.

إن وجود نوعين من العقود تبرمها الإدارة (عقود مدنية و عقود إدارية) تبرز هنا مشكلة كيفية تمييز العقد الإداري عن العقد المدني وبالتالي تحديد القضاء المختص لاسيما في البلدان التي يختص القضاء الإداري فيها بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. إزاء هذه الإشكالية حاول المشرع الفرنسي و المصري تحديد العقود الإدارية بنصوص قانونية وقد أطلق الفقهاء على هذا الأمر تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون . ويعتقد الأستاذ الطماوي في هذا الصدد ((إن إسباغ المشرع الصفة الإدارية على عقد يتضمن عناصر العقد الإداري من حيث طبيعته فان هذا النص يأتي مؤكدا له كعقد الأشغال العامة وعقد التزام المرفق العام))[1].

1- سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية – ص49.

ولكن المشكلة تثار عندما ينص المشرع على إدارية عقد ما تكون طبيعته مدنية من حيث هدفه وطريقة إبرامه وموقف المشرع هنا منتقد وذلك على أساس إن المشرع عندما يكيف تصرفا من تصرفات الإدارة عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار طبيعة العقد من حيث هدفه وطريقة إبرامه ومضمونه [1].إزاء النقد الموجه إلى التحديد التشريعي للعقود الإدارية فقد ذهب غالبية فقهاء القانون الإداري إلى التعويل على المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية وان اختلف في بعض حيثياته.

و إذا رجعنا إلى تعريف العقد الإداري الذي أورده القضاء الإداري الفرنسي أو المصري و الذي يقول إن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأساليب القانون العام ، من خلال هذا التعريف نستخلص معايير تمييز العقد الإداري عن غيره وهي ثلاثة معايير:

الأول– معيار الإدارة طرفاً في العقد.

الثاني– معيار ارتباط العقد بالمرفق العام.

الثالث– معيار الشروط الاستثنائية.

و سنتناول هذه المعايير في ثلاثة نقاط:

أولا: معيار الإدارة طرفاً في العقد

القاعدة العامة أن العقود الإدارية ومن ظاهر التسمية توجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية وعليه فان العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقدا إداريا حتى وان كان احد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام[2]. ومصطلح الإدارة يدل عادة على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين فضلا عن إدارة مؤسسات الدولة و مرافقها العامة.

1– محمود حلمي ،العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص208.

2– محمود حلمي ،المصدر السابق ص208.

والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا هو: هل إن اختصاص إبرام العقود الإدارية يقتصر على السلطة التنفيذية وحدها دون السلطات الأخرى كالسلطة التشريعية و القضائية؟ بالنسبة للهيئة التشريعية المتمثلة بالبرلمان فان اختصاصها الأصيل هو سن القوانين و إقرار الميزانية والمصادقة على المعاهدات ، و كذلك إجازة إبرام بعض العقود الإدارية المهمة كعقود الامتيازات النفطية وعقود القرض العام فان هذه العقود لا تبرمها السلطة التشريعية ولكن تجيزها فهي لا تعتبر طرفا فيها [1].

و الجهة التي تقوم عادة بإبرام العقود كعقود أشغال عامة تتعلق بإصلاحات قاعات البرلمان أو إبرام عقود توريد أدوات مكتبية هي سكرتارية الهيئة التشريعية باعتبارها الجهاز الإداري للهيئة التشريعية[2].

وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية فاختصاصها الأصيل هو الفصل في المنازعات فهي لا تبرم عقوداً بل تصدر أحكاما قضائية، و الجهة التي تبرم العقود هي وزارة العدل أو الجهاز الإداري بالمحكمة.

و إذا كان وجود الإدارة طرفا في العقد الإداري يعتبر أمرا بديهيا فان القضاء الإداري لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد ذاته واخذ يقر بإمكان إبرامه من قبل شخص أخر بالوكالة[3]. وبذلك لا يكفي أن يكون احد أطراف العلاقة العقدية شخصا من أشخاص القانون العام لعده عقداً إداريا و إنما يستلزم توافر العنصرين الآخرين أو أحدهما.

1- ثروت البدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع سنة1957، ص120.

2- محمود حلمي ، المصدر السابق ص13 .

3- ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الإداري، جامعة الموصل 1989 ص174.

ثانيا: معيار ارتباط العقد بالمرفق العام

يقصد بهذا المعيار أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد لا يمكن أن يكون إداريا إلا إذا ارتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا. وهناك قرارات قضائية أصدرها مجلس الدولة الفرنسي اكتفت بمعيار المرفق العام وحده لتمييز العقد الإداري، فقد جاء في قضية الزوجين (بيرتان) الصادر في 1956/4/20 – حيث كان الزوجان مكلفين بإطعام الرعايا السوفيت الذين جمعوا في احد المراكز لإعادتهم إلى بلدهم – انه((... ولما كان هدف العقد منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد إداريا دون الحاجة للبحث عن احتوائه على شروط مخالفة...))[1].

و قد جاء أيضا في قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في 24 فبراير 1968 ((مناط العقد الإداري.... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه و تحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة))[2]. و ارتباط العقد بالمرفق العام يعني ارتباطه بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام حيث إن للمرفق مفهوماً عضوياً يتمثل بالأجهزة الإدارية، و مفهوماً موضوعياً يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال أو المعاونة ، فالمفهوم العضوي للمرفق يعني أن الفرد عندما يرتبط بعقد مع مرفق عام يفيد في هذا الصدد أن الإدارة هي طرف في العقد، و بناءا على ذلك فان فكرة المرفق العام يجب أن تفهم في هذا المجال بالجانب الموضوعي[3]. والمتتبع لأحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر يرى أن هناك تذبذبا و عدم استقرار على معيار محدد ، فبعد أن سلم بإدارية العقد بمجرد ارتباطه بالمرفق العام نجد أحكاما قضائية توجب اقتران العقد بالشروط الاستثنائية فضلاً عن المرفق العام ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 16 ديسمبر 1956 إذ جاء فيه ((... و من ثم فان المعيار

1- د. حلمي مجيد الحمدي ، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الخامس ، العدد (1) ، 1986 ، ص212.

2- عزيزة الشريف ، ,دراسات في نظرية العقد الإداري, دار النهضة العربي ص57 .

3- محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة 1982، ص16،وكذلك د. ثروت بدوي، القانون الإداري ، دار النهضة العربية1988، ص167.

المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ... مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة))[1].

ثالثا: معيار الشروط الاستثنائية

لقد تبين أن وجود الإدارة طرفا في العقد الإداري لم يعد يكفي لكي يعتبر عقدا إداريا وكذلك الحال بالنسبة لارتباط العقد بالمرفق العام بل يلزم فوق ذلك أن يكون الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون واهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هوان يتضمن العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ومن ابرز الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في 19 يناير1973 حيث جاء فيه ((...أن العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاصة لنظام استثنائي وتبدو فيه خاصية العقد الإداري ...))[2].

وقد عرفت الشروط الاستثنائية بأنها((تلك التي تمنح احد المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري))[3]. بينما عرفها آخرون ((بأنها الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام))[4].و لعل التعويل على معيار الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري ناجم عن كون هذه الشروط تعتبر من مظاهر السلطة العامة التي ليس لها مثيل في عقود القانون الخاص وعند استعانة الإدارة بهذه المظاهر يفهم ضمنا نيتها بإخضاع العقد للقانون الإداري وليس للقانون المدني .

1- القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية، المجموعة ،السنة الحادية عشر،ص88.

2- نقلا عن علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي،1976 ص34.

3- محمود حلمي، المصدر السابق، ص26.

4- منير محمود الوتري ،العقود الإدارية و أنماطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية ، الجزء الأول ، بغداد 1979، ص200.

والشروط الاستثنائية التي ترد في العقود الإدارية كثيرة فقد تكون هذه الشروط امتيازات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد كحق الإدارة في إجراء تعديلات على العقد دون موافقة المتعاقد معها وقد تصل هذه الامتيازات إلى فسخ العقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك وما للمتعاقد إلا طلب التعويض عن ذلك ، ومن جانب آخر قد تمنح الإدارة المتعاقد معها امتيازات لا نظير لها في عقود القانون الخاص كتخويلها للمتعاقد امتيازات السلطة العامة تجاه الغير كنزع الملكية للنفع العام وفرض الرسوم على المنتفعين أو بحرمان الغير من منافسة المتعاقد مع الإدارة أو غيرها من الأمور.

والسؤال الذي يمكن طرحه هنا إذا كانت الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد تعتبر قرينة على انصراف نية الإدارة بإخضاع العقد للقانون الإداري، وبالتالي اعتباره عقدا إداريا ، فما هو الحكم في حالة خلو العقد من هذا الشرط؟ لقد جرى القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار العقد إداريا إذا كان من شأنه إشراك المتعاقد نفسه في تسير المرفق العام[1].والحقيقة إن مجرد إشراك المتعاقد نفسه يعد في ذاته شرطا استثنائيا غير مألوف في عقود القانون الخاص وقد استقر الفقه على هذا الأمر[2]. و من جانب آخر اعتبر بعض الفقهاء الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي والفعال في تمييز العقد الإداري ، بعكس فكرة المرفق العام التي لم تعد فكرة منتجة لآثار قانونية[3]. وهذا الرأي مغالى فيه كونه متأثر إلى حد بعيد بالاتجاه الداعي إلى اعتبار السلطة العامة أساس القانون الإداري ومعياره الوحيد وإذا كانت فكرة المرفق العام قد وجهت إليها بعض الانتقادات فإنها مع ذلك مازالت تعد من الأفكار المؤسسة للقانون الإداري فضلا عن أن أحكام القضاء الإداري التي تجعل من الشروط الاستثنائية المعيار الوحيد تعد قليلة بالقياس إلى الأحكام التي تقرن المعيارين معا ، المرفق العام والشروط الاستثنائية .خلاصة القول إن تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص لا يمكن الاعتماد فيه على معيار دون المعايير الأخرى ، فالمعايير جميعها تشكل شبكة مجتمعة يكمل بعضها البعض ، و يمكن أن نشير بهذا الصدد إلى موقف القضاء العراقي

1- فقد جاء في حكم لمحكمة المنازعات الفرنسية الصادر في 7 نوفمبر سنة 1922 في قضية (manon) (.... فإذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أي مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد إيجار من عقود القانون الخاص ،أما إذا تولى بنفسه وبحارته نقل الجنود ،فان العقد يعتبر إداريا....) اورده د. الطماوي ، المصدر السابق،ص87.

2- د. عزيزة الشريف ، المصدر السابق،ص57.

3- د. ثروت بدوي، المصدر السابق ،ص141.

المتمثل بمحكمة التمييز التي تبنت المعيار المزدوج في كثير من أحكامها، فقررت في حكمها الصادر في1966/07/28 انه ((... تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والأنظمة...))[1].

الفرع الثاني: الصفقة العمومية كعقد إداري في الجزائر

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنه قد تضمّنه المعايير التي تبرم على أساسها الصفقة العمومية، والتي يجب على المصلحة المتعاقدة، وفي هذا الصدد فقد تم اعتماد معيارين وهما: المعيار العضوي والمعيار المادي.

أولا: المعيار العضوي

أن المرسوم 15-247 يتضمن أحكاما تتعلق بالمعيار العضوي الذي يعتبر المعيار الأكثر أهمية نظرا لكونه المصلحة المتعاقدة التي تبرم الصفقات العمومية.

أنه من المسلم به قانونا أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفا فيه لا يعد عقدا إداريا و بالتالي فالصفقة العمومية يجب أن تكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام.وتحديد المعيار العضوي يستمد مصدره من المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية طرفا فيها "[2]

1- قرار رقم 158/ح/1966 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة،1969،ص208.

2- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية –القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 جريدة رسمية رقم 21 سنة 2008.

كما تضمن المرسوم الرئاسي 15-247 أحكام تتعلق بالمعيار العضوي الذي يعتبر المعيار الأكثر أهمية لتحديد طبيعة النزاع في الصفقات العمومية.و قد نصت المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إن " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

-الدولة
-الجماعات الإقليمية .
-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
-المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة ، كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية ، و تدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة "[1]

و الملاحظ أن هناك تباين بين المادة 6 من المرسوم 15-247 و المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
وسنتطرق للأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 6 و التي يطبق المعيار العضوي على منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها :

أ- الدولة:

و الدولة هي تجمع سياسي يؤسس كيانا ذا اختصاص سيادي في نطاق إقليمي محدد و يمارس السلطة عبر المنظومة من المؤسسات الدائمة .

و المقصود بالدولة الذي جاءت به المادة 6 هي مجموع الأجهزة و الإدارات العمومية و تتمثل في مصالح رئاسة الجمهورية -الوزارات وما يرتبط بها من أجهزة و تنظيمات و تفريعات إدارية غر متمتعة بالشخصية المعنوية سواء كانت قائمة في العاصمة أو موجودة عبر الولايات و الجهات مثل المديريات الجهورية ، و المديريات الولائية إذ أنها تمثل عدم تركيز إداري أي كإحدى صور النظام المركزي[2].

1- المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المؤرخ في : 16 سبتمبر 2015.
2- محمد الصغير بعلي – العقود الإدارية ص12-13.

ب: الجماعات الإقليمية:

تعتبر الجماعات الإقليمية بمثابة الهيئات الأساسية للتنظيم الإداري للدولة، والهدف من وجودها هو إشباع الحاجات العامة التي في الغالب يعجز أو يمتنع القطاع الخاص عن تلبيتها لقلة مردوديتها أو طول آجالها[1] والجماعات الإقليمية في الجزائر هي الولاية والبلدية.

1-الولاية:

وهي مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وأهلية التعاقد، ووظيفتها قد تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنموية وخدمات للمواطنين[2]، ومن أهم العلاقات العقدية التي تبرمها نجد الصفقات العمومية.

وقد أكد المشرع في قانون الولاية صراحة خضوع الصفقات التي تبرمها لقانون الصفقات العمومية حيث نصت المادة 135 من القانون رقم 12-07المتضمن قانون الولاية[3] على ما يلي " الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري ، طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها و المطبقة على الصفقات العمومية "

و بالتالي كل المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية وتكون أحد أطرافها الولاية تؤول للقضاء الإداري استنادا للمعيار العضوي .

2-البلدية:

تعتبر البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري ، و هي تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلالية المالية .و بطبيعة وظيفتها و مهامها تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية و من أهمها الصفقات العمومية .

1- بن سعين نصر الدين و شريف مصطفى -مجلة المباحث عدد10-2012 جامعة تلمسان -الجزائر ص161.

2- عمار عوابدي ، الصفقات العمومية في الجزائر - ص61.

3- القانون رقم 13-07 المؤرخ في 2012/02/21 المتضمن قانون الولاية جريدة رسمية رقم 12.

و قد أكد المشرع الجزائري صراحة خضوع البلدية لقانون الصفقات العمومية و هذا من خلال المادة 189من قانون 11-10 المتضمن قانون البلدية[1] التي تنص " يتم إبرام صفقات اللوازم أو الأشغال أو تقديم التي تقوم بها البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية " و بالتالي أي منازعة ناتجة عن هاته الصفقات تؤول للقضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي .

3- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري :

و هي عبارة عن شخص معنوي خاضع للقانون العام و مكلف بتسيير مرفق عام ، تعمل في ميدان متخصص في النشاط الإداري ، موضوع تحت وصاية الدولة أو جماعة محلية ، و تتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي ، ما يمكنها في الدخول في علاقات عقدية كالصفقات العمومية .

4- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري:

عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية .

إن المشرع الجزائري قام بتعويض الإدارات العمومية المنصوص عليها بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 بعبارة الدولة .و عبارتي الولايات و البلديات بالجماعات الإقليمية.

1- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22جوان 2011 المتضمن قانون البلدية جريدة رسمية رقم 37 سنة 2011.

ثانيا: تحديد المعيار الموضوعي ا و المادي:

وهو موضوع الصفقة العمومية أو ما يعرف بالمعيار الموضوعي و يتمثل في أمرين هما: اتصال الصفقة بالمرفق العام ، و احتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية

1-ارتباط الصفقة العمومية بالمرفق العام :إن إبرام عقود الصفقات العمومية يهدف أساسا لخدمة النفع العام وذلك من خلال نفقات الإدارة العامة لأموالها العمومية و يكون ذلك عن طريق مجموعة من العمليات التي يشملها موضوع الصفقة العمومية ، وكل ذلك لصالح الهيئات الإدارية العامة تحقيقا للنفع العام .

و المرفق العام هو ذلك النشاط الذي تتولاه الإدارة و يستهدف النفع العام[1]وقد تطور مفهوم المرفق العام بشكل كبير فإلى جانب المرافق العامة الإدارية ظهرت المرافق العامة الصناعية و التجارية[2] و يعتبر المرفق العام من أحد أبرز المعايير المعتمدة لإضافة الصبغة الإدارية على الصفقة العمومية .

وقد نص المشرع على أربع عمليات تتعلق بخدمة أغراض المرفق العام يمكن أن تشملها الصفقة العمومية و هي : انجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم ، انجاز الدراسات ، تقديم الخدمات[3] .

اولا -صفقة انجاز الإشغال : إن المشرع في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247

اكتفى بتعريف الهدف منها دون تعريفها تعريفا محددا بنصه : تشمل الصفقة العمومية للإشغال بناء أو تجديد او صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تحطيم أو هدم منشاة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها .

1- عمار بوضياف -الصفقات العمومية في الجزائر - المرجع السابق ص59.

2- محمد سليمان الطهاوي- المرجع السابق ص73.

3-المادة 29 من المرسوم 247/15.

حتى نكون أمام صفقة انجاز الأشغال لا بد من توافر شروط :

1-أن يكون موضوع العقد عقار
2-يجب أن تكون الأشغال لصالح شخص معنوي عام .
3-إن يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة

ثانيا- صفقة اقتناء اللوازم :[1]أو صفقة التوريدات و هو العقد الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة للحصول علة أموال منقولة كالحصول على التجهيزات اللازمة لتسييرها و يمكن تحديد عناصرها في :

التوريد: الالتزام بتوريد المواد المتفق عليها في الصفقة

عقد اقتناء اللوازم على المنقولات : المادة 2 و 29 من المرسوم 15-247 .

ثالثا- انجاز الدراسات : اتفاق بين الإدارة المتعاقدة و شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه المتعاقد بانجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل مالي تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة . فهي بذلك تشمل مهمة المراقبة التقنية و الإشراف على الأشغال و المساعدات التقنية لصاحب المشروع.

رابعا- تقديم الخدمات: وتعرف بأنها اتفاق بين المصلحة المتعاقدة و المتعاقد معها من اجل تموينها و توريدها باحتياجات من خدمات يتطلبها المرفق العام في إدارته و تسييره .

و من أهم عناصرها :

- أن تقدم الخدمات لمطابقة لما جاء في الصفقة من الجانبين .
- أن تنجز بهدف تحقيق الصالح العام و لحساب المصلحة المتعاقدة.

1- المادة 2 من المرسوم247/15.

2- احتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية غير مألوفة:

- تعتبر أحد أهم آليات التمييز ومن أبرز الشروط التي تمارسها الإدارة و تعتبـر غير مألوفة نذكر سلطة الرقابـة و التوجيه و التوقيع الجزاءات المختلفة ، وكذا حقها في تعديل شروط العقد وسلطة فسخ العقد و إنهائه تحقيقا للمصلحة العامة و الحفاظ على سير المرفق العام و طبقا مع التزاماتها بالحـدود و الضوابط التي وضعها المشرع حفاظا على حقوق المتعاقد معها
- و في الأخير نقول أنه بالرغم في أهمية المعيـار المادي على اعتبار أنه يوسع من مجال اختصاص القاضي الإداري[1]، إلا أن تكريسـه في بلدنا في مجال الصفقات العمومية كثيرا ما يصعب تطبيقه و اكتفاء المشرع بالمعيار العضوي أي أن الجهة الإدارية لابد أن تكون طرفا في النزاع[2].
- **المعيار المالي** :لقد خصص المشرع الجزائري لعقود الصفقات العمومية مبلغ مالي محدد عبر كل التعديلات و لعل الهدف من ذلك هو ترشيد النفقات ، حيث تم رفع حدود إبرام الصفقات الأشغال و اللوازم من 8.000.000 دج إلى 12.000.000 دج ومن 4.000.000 دح إلى 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات و الخدمات . حيث إن الطلبات التي تقل أو تساوي هذه المبالغ لا تتوجب إبرام صفقة.

إن إبرام عقود الصفقات العمومية يهدف أساسا لخدمة النفع العام وذلك من خلال نفقات الإدارة العامة لأموالها العمومية ويكون ذلك عن طريق مجموعة من العمليات التي يشملها موضوع الصفقة العمومية، وكل ذلك لصالح الهيئات الإدارية العامة تحقيقا للنفع العام.

1-رشيد خلوفي – قانون المنازعات الإدارية – الجزء الأول –المرجع ص 278.

2- أنظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الفرع الثاني: المعيار المادي

وهو موضوع الصفقة العمومية أو ما يعرف بالعيار الموضوعي ويتمثل في أمرين هما: اتصال الصفقة بالمرفق العام، واحتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية.

1-ارتباط الصفقة العمومية بالمرفق العام:

والمرفق العام هو ذلك النشاط الذي تتولاه الإدارة ويستهدف النفع العام[1] وقد تطور مفهوم المرفق العام بشكل كبير فإلى جانب المرافق العامة الإدارية ظهرت المرافق العامة الصناعية والتجارية[2] ويعتبر المرفق العام من أحد أبرز المعايير المعتمدة لإضافة الصبغة الإدارية على الصفقة العمومية.

وقد نص المشرع على أربع عمليات تتعلق بخدمة أغراض المرفق العام يمكن أن تشملها الصفقة العمومية وهي: انجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، انجاز الدراسات، تقديم الخدمات[3].

و يعتبر حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1873 حجر الزاوية في نظرية المرفق العام باعتباره أول الأحكام القضائية التي استندت إلى هذا المعيار، وتتابع بعد ذلك صدور الأحكام القضائية سواءا من القضاء الإداري أو القضاء العادي مطبقة معيار المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري[4] وفكرة المرفق العام هي مرتبطة بشكل أساسي بالصالح العام فكلما اتسع مجال نشاط المرفق العام اتسع مجال الصالح العام، وكل نزاع موضوعه المصلحة العامة هو نزاع إداري.

1- عمار بوضياف – الصفقات العمومية في الجزائر – المرجع السابق ص 59.

2 – محمد سليمان الطهاوي– المرجع السابق ص 73.

3- المادة 29 من المرسوم 247/5.

4- أنظر خمري حمزة – منازعات الصفقات العمومية – مذكر لنيل شهادة الماجستير فرع قانون عام – جامعة بسكرة 2006-2005 ص25.

وفكرة الصالح العام تتميز بالمرونة ففي الدول المقارنة نجد على سبيل المثال مصر وفرنسا قد عرفت عندهم فكرة الصالح العام تطورا كبيرا الى درجة أصبحت كل صفقة أو عقد تبرمها المرافق العمومية الصناعية والتجارية يكون هدفها الصالح العام تكون منازعاتها إدارية

2-احتواء عقد الصفقة العمومية على شروط استثنائية غير مألوفة:

تعتبر أحد أهم آليات التمييز وهي شروط غير مألوفة في العقود الخاصة لذا تعتبر استثنائية إذا تعرف على أنها: جميلة من شروط المرتبطة بالسلطة العامة والتي ما إن تضمها عقد مدني إلا وأعتبر باطلا لمخالفة النظام، ولا يشترط أن تتوفر في العقد كل الشروط بالتوافر شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة[1] ومن أبرز الشروط التي تمارسها الإدارة وتعتبر غير مألوفة نذكر سلطة الرقابة والتوجيه والتوقيع الجزاءات المختلفة، وكذا حقها في تعديل شروط العقد وسلطة فسخ العقد وإنهائه تحقيقا للمصلحة العامة والحفاظ على سير المرفق العام وطبقا مع التزامها بالحدود والضوابط التي وضعها المشرع حفاظا على حقوق المتعاقد معها.

وفي الأخير نقول إنه بالرغم في أهمية المعيار المادي على اعتبار أنه يوسع من مجال اختصاص القاضي الإداري[2]، إلا أن تكرسيه في بلدنا في مجال الصفقات العمومية كثيرا ما يصعب تطبيقه واكتفاء المشرع بالمعيار العضوي أي أن الجهة الإدارية لا بد أن تكون طرفا في النزاع[3].

المعيار المالي: لقد خصص المشرع الجزائري لعقود الصفقات العمومية مبلغ مالي محدد عبر كل التعديلات و لعل الهدف من ذلك هو ترشيد النفقات، حيث تم رفع حدود إبرام الصفقات الأشغال و اللوازم من 8.000.000 دج إلى 12.000.000 دج ومن 4.000.000 دح إلى 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات و الخدمات . حيث ان الطلبات التي تقل او تساوي هذه المبالغ لا تتوجب إبرام صفقة.

1- بوعمران عادل – المرجع السابق ص 87.

2- رشيد خلوفي – قانون المنازعات الإدارية – الجزء الأول – المرجع ص 278.

3- أنظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني : فكرة العقد الإداري في منازعات الصفقات العمومية

إذا اعتبرنا إن الصفقات العمومية عقود إدارية فان النشاط التعاقدي للإدارة حدد عناصر تتميز بها الصفقة العمومية تعتبر أساس اختصاص القاضي الإداري.للنظر في منازعات الصفقات العمومية .و سنتناول تجديد هذه العناصر (الفرع الأول) و تقديرها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تحديد العناصر التي تجعل الصفقة العمومية عقدا إداريا

إن المعيار العضوي ليس كافيا في اعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا بل يجب توافر عناصر أخرى هي الشكل و الموضوع و الحد المالي الأدنى.

أولا : الشكل في الصفقة العمومية :و يقصد بالشكل إن يكون مكتوبا و إن تفصح الإدارة عن إرادتها الصريحة في ذلك .

الكتابة : بالرجوع الى نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تنص على إن : الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات .

فان المشرع الجزائري استقر في جميع النصوص القانونية على إن الصفقات العمومية عقود مكتوبة تفرغ في الشكل الكتابي[1].

و لعل أن حرص المشرع الجزائري و التأكيد على الكتابة راجع إلى:

- أن الصفقات العمومية أداة تنفيذ مخططات التنمية و الاستثمار لذا وجب أن تكون مكتوبة.
- أن المبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية و التي تتحمل أعباءها المالية الخزينة تتطلب ران تكون مكتوبة[2]
- أن العقد المكتوب يكون ثابت التاريخ.

1- عبدلي سهام، دعوى القضاء الكامل، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام 2009،2008، فرع الإدارة العامة، جامعة أم البواقي، ص 186.

2- المرجع نفسه، ص187.

والصفقة العمومية تتكون من العقد الذي يبين الاتفاق بين الإدارة و المتعاقد معها و دفتر الشروط الذي يجدد موضوع و مدة و حقوق وواجبات الطرفين.

وقد استثنى المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على : تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات شرط الكتابة إلا بعد تنفيذ الصفقة و هذا بترخيص من الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة الوالي .

الشرط غي المألوف في عقد الصفقة العمومية : يتجسد هذا الشرط في صلاحية الإدارة لممارسة جملة من السلطات و الامتيازات و تتمثل في :

- سلطة المصلحة المتعاقدة في المراقبة و الإشراف .
- سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة .
- سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات : المالية و غي المالية .
- **ثانيا** : موضوع في عقد الصفقة العمومية : و يقصد به بالمعنى المادي هو كل نشاط تباشره الإدارة بقصد إشباع حاجة عامة . و بالمعيار العضوي الذي يعتبر كل هيئة تقوم بخدمة تعد مرفقا عاما.

و تعد الصفقات العمومية عقود إدارية محددة تشريعيا من حيث موضوعها و هذا ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15. و هي تشمل طبقا للمادة 29 من نفس المرسوم إحدى العمليات التالية :

- انجاز الأشغال
- اقتناء اللوازم
- انجاز الدراسات
- تقديم الخدمات

1- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية دار العلوم، عنابة 2005، ص 48، 49.

2- بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور النشر والتوزيع، تبسة، الجزائر، 2011، ص 62.

ثالثا: العتبة المالية: لما كانت الصفقة صلة بالخزينة العمومية وجب تحديد حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية. و في هذا الإطار ميز تنظيم الصفقات العمومية بين عقود الأشغال و اللوازم ة الخدمات و الدراسات .و هذا طبقا للمادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تنص على : كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجيات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو يقل عنه للإشعال و اللوازم ، و ستة ملايين دينار 6.000.000 دج للدراسات او الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب .

إن التعديلات المتباينة في تحديد و رفع الحد الأدنى المالي راجع إلى أسباب اقتصادية تتمثل في تدهور قيمة الدينار و ارتفاع أسعار مواد البناء.

الفرع الثاني : تقدير العناصر التي تجعل الصفقة عقدا إداريا

لا يمكن الجزم باختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية إلا إذا تم تقدير العناصر المذكورة أعلاه

1-تقدير الشكل في عقد الصفقة العمومية

1-1 تقدير شرط الكتابة : لقد شدد القاضي الإداري في شرط الكتابة في القرار الصادر بتاريخ 2001/05/14 من مجلس الدولة بين بلدية بوزريعة و مقاولة بقوله : من المقرر قانونا وفقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة و انه يلزم تحت طائلة البطلان ان تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما لا يستفاد منه إن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية و يتعلق بالنظام العام .

2-1 تقدير الشرط غير المألوف في عقد الصفقة العمومية: يعتبر القضاء الإداري بان العقد يكون إداريا إذا خضع لنظام استثنائي غير مألوف، إذ تخضع الصفقة لنظام غير مألوف تتحدد فيه شروط التعاقد مسبقا من قبل السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة

1- بوضياف عمار مرجع سابق ص 61.

2- احمد محيو المنازعات الادارية ط 5 د م ج ، الجزائر ، د ت ص383.

و قد اقر المشرع الجزائري بان الصفقة العمومية هي عقد إداري لاحتوائها على بنود غير مألوفة في القانون العام.

ثانيا : تقدير الموضوع في عقد الصفقة العمومية

لقد أكد تنظيم الصفقات العمومية على تأسيس الطبيعة الإدارية للصفقة من خلال اتصالها بالمرفق العام لان الغاية من إبرامها هي خدمة المرفق العام باقتناء المواد و الخدمات و الدراسات، فعقد الصفقة يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.

ثالثا: تقدير العتبة المالية:

إن القضاء الجزائري قد طبق حرفيا الحد الأدنى المطلوب لإبرام الصفقة العمومية في مختلف القرارات الصادرة عن مجلس الدولة.

انه إلى جانب المعيار العضوي الذي اعتمده المشرع فان شكل الصفقة و موضوعها و حدها المالي تشكل معيار مادي.و يشكل كل من المعياريين مقومات العقد الإداري.

وخلاصة القول أنه إلى جانب المعيار العضوي فإن كل من شكل الصفقة وموضوعها وحدها المالي الأدنى تشكل معيارا ماديا محددا لها والذي يعتبر من مقومات العقد الإداري وذلك بقوة القانون إلا أن النصوص القانونية والاشتهادات القضائية في الجزائر جعلت المعيار العضوي أساس اختصاص القضاء الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية وهذا ما نصت عليه المواد 800 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15.

المبحث الثاني: الصفقة العمومية كعقد تجاري

لقد استقر فقه القانون العام على إن الضمان الحقيقي و الفعال لمبدأ المشروعية هو إخضاع تصرفات الإدارة العامة للرقابة القضائية حتى يكتمل نظام دولة القانون و بتعزز المبادئ التي يرتكز عليها. فللمتعاقد الحق في اللجوء إلي القضاء بعد فشل المساعي الودية المقررة قانونا، و هذا ما تضمنته نص المواد 114 و 115 لكن دون تحديد الجهة القضائية المختصة صراحة.

و هذا ما احدث إشكالا بخصوص قواعد الاختصاص القضائي في مجال الصفقات العمومية خاصة إذا ما كان احد إطراف النزاع مؤسسة عمومية صناعية آو تجارية أو اقتصادية . و هذا ما سنتناوله في : تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية و التجارية(المطلب الأول) و الصفقة العمومية في المؤسسات الاقتصادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية والتجارية

تختلف الصفقات العمومية عن العقود المدنية في زوايا كثيرة أبرزها:

الفرع الأول: تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية

أولا:من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية:

يحتل أطراف العقد المدني مرتبة واحدة، فلا امتياز لطرف على آخر، فلا مجال لتغليب مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر أو الراهن على المرتهن، باحتواء العقد الإداري عضويا على إدارة عامة أو ما يسمى" **شخص معنوي عام**"، وجب الاعتراف لها بامتيازات السلطة العامة.

ثانيا: من حيث إجراءات إبرام العقد:

إذا أرادت الإدارة أن تبدي رغبتها في التعاقد تُلزم كأصل عام بإعلام الجمهور، وذلك بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة في جريدتين وطنيتين؛ وفي نشرة صفقات المتعامل العمومي BOMOP، كما تخضع لإجراءات طويلة ولأوجه رقابية صارمة جاء تنظيمها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، رغبة في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية ولم يكتفِ المشرع بهذه القواعد إذ عمد إلى حماية الصفقة العمومية بأدوات جزائية أشارت إليها المادة 26من

قانون رقم[1]06-01 بينما يحكم العقد المدني مبدأ" **العقد شريعة المتعاقدين**"، فللمتعاقدين الحرية في اختيار بنود العقد واختيار الطرف المتعاقد ولا يخضع العقد لإجراءات النشر والإشهار كأصل عام.

ثالثا: من حيث الهدف من العملية التعاقدية:

إذا كان الهدف من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق المصلحة العامة فعقد الأشغال مثلا إذا انصب على إنجاز طريق أو جسر أو مجموعة سكنية فإن المنتفع هو الجمهور، كما أن تموين إدارة الخدمات الجامعية لمادة معينة كاللحوم أو الخبز أو الخضر والفواكه إنما يتم بغرض إطعام الطلبة، وعليه فكل صفقة عمومية يرجع عائدها وأثرها إلى عامة الناس تحقيقا للمصلحة العامة. بينما الهدف من إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد، فعقد البيع مثلا يحقق مصلحة للبائع والمشتري فينتفع البائع بالثمن وينتفع المشتري بالمبيع.

رابعا: من حيث الجهة القضائية المختصة:

يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري، فابتداءا من دستور 1996أخذ المشرع الجزائري بالازدواجية القضائية، وبناء على ذلك صدر القانون العضوي رقم [2]98-01المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والقانون رقم [3]98-02المتعلق بالمحاكم الإدارية والقانون العضوي رقم [4]98-03المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.

---

[1]قانون رقم ،06-01مؤرخ في 20فبراير سنة ،2006يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد(،14) بتاريخ 08مارس ،2006معدل ومتمم بأمر رقم ،10-05مؤرخ في 26غشت سنة ،2010ج ر عدد(،50) بتاريخ 1سبتمبر ،2010معدل ومتمم بقانون رقم ،11-15مؤرخ في 02أوت ،2011ج ر عدد (،44)بتاريخ 10أوت2011.

[2]قانون عضوي رقم ،98-01مؤرخ في 30مايو ،1998يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (،39)بتاريخ 7جوان ،1998معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم ،11-13مؤرخ في 26يوليو ،2011ج ر عدد (،43)بتاريخ 3غشت2011.

[3]قانون رقم ،98-02مؤرخ في 30مايو سنة ،1998يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد) ،(37بتاريخ 1جوان .1998

[4]قانون عضوي رقم ،98-03مؤرخ في 3يونيو سنة ،1998يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج ر عدد) ،(37بتاريخ 1جوان .1998

وهي جهات عد إليها النظر في المنازعات الإدارية بعدها صدر قانون رقم [1]08-09 كإجراء تكميلي معلنا عن إجراءات خاصة تحكم سير الدعوى المدنية تختلف عن الدعوى الإدارية في جوانب عدة.

وهي نصوص قانونية تعكس اتجاه إرادة الدولة إلى تبني الازدواجية القضائية غير أنها لم تكن إلاّ ازدواجية قانونية[2]بينما يعقد الاختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن تنفيذ العقود المدنية لجهة القضاء العادي(محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا.)

خامسا:من حيث سلطة القاضي الفاصل في النزاع:

فسلطات القاضي الإداري أوسع من سلطات القاضي المدني الذي يسيره الخصوم طبقا للمبدأ القائل "الخصومة ملك للخصوم"، إذ يستطيع إجبار الإدارة وتوجيه أوامر لها تصل إلى درجة غرامات تهديدية[3].

الفرع الثاني:التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية

تتميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري من عدة زوايا أبرزها:

أولا: من حيث قواعد الإثبات:

لا تُثبت الصفقة العمومية إلا بالكتابة وقد تشدد مجلس الدولة في تطبيقه لهذا الشرط، فلم يقبل إدعاء وجود علاقة بعنوان "صفقة عمومية" إذا لم يحوز المدعي عقدا مكتوبا، فعنصر الكتابة ورد في مختلف التعريفات التشريعية للصفقات العمومية.

بينما يسود الحياة التجارية عنصر الائتمان ويحكمها مبدأ السرعة، لذا وجب مسايرة العقود

1-قانون رقم ،08-09مؤرخ في 25فبراير ،2008يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد(،21) بتاريخ 23أفريل.

2- يتغنى المشرع الجزائري بتكريس الازدواجية القضائية، إلاّ أنذلك كان من الناحية القانونية فقط، فالتجسيد الفعلي أو الهيكلي لم يتم إلاّ مؤخرا بإنشاء هياكل تمثل القضاء الإداري.

3-انظر المادة 2/8/9من قانون رقم

التجارية لهذين المبدأين، فيثبت العقد التجاري بعدة وسائل فإلى جانب السندات الرسمية ذكر السندات العرفية والفواتير المقبولة وغيرها...

ثانيا: من حيث طرق الإبرام:

يأخذ إبرام الصفقة العمومية مراحل طويلة، وكل مخالفة لقانون الصفقات العمومية يرتب المسؤولية الجزائية المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم. بالمقابل يسهل إبرام العقد التجاري تماشيا وسرعة المعاملات التجارية.

ثالثا:من حيث الجهة القضائية المختصة:

القضاء الإداري هو المختص في منازعات الصفقات العمومية، فإن القضاء العادي هو الجهة المختصة في المنازعات التجارية.

المطلب الثاني: الصفقة العمومية في المؤسسات الاقتصادية

إذا كان القاضي الإداري هو صاحب الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية، التي تخضع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي اعتمد المعيار العضوي والمادي معا لتحديد اختصاصه، فإن ذلك لا يعني عدم وجود دور للقاضي العادي في تسوية بعض نزاعات الصفقات العمومية .فهناك بعض النزاعات المتعلقة بالصفقة العمومية، لا تؤول القاضي الإداري و إنما تؤول للقاضي العادي أي القاضي المدني و القاضي التجاري، فإذا كيف نزاع صفقة عمومية ما، بأنه نزاع عادي فيؤول اختصاصه إلى القاضي العادي و يطبق عليه القانون الخاص.

الفرع الأول : المعيار العضوي في الصفقة العمومية

ينص قانون صفقات العمومية في مادته الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

فالمشرع أعلن ثلاثة معايير:

1-معيار الاختصاص:حيث انه وفقا هذا المعيار كلما جعل القانون الاختصاص بنظر المنازعات التي تقوم بسبب عقد من العقود إلى القضاء الإداري كان ذلك العقد عقدا إداريا بغض النظر عن الجهة التي أبرمته.

2-المعيار الموضوعي و الذي يعتبر العقد عقدا إداريا إذا كان موضوعه إداريا.

3- المعيار العضوي و الذي يعتبر عقد الإدارة العامة عقد إداريا إذا كان احد طرفيه شخص عام فالمعيار العضوي هو العنصر الضروري من اجل توصيف الصفقة العامة.

و في مجال المنازعات فان كل الذي يستنتج من المادة : 801 من ق إ م إ و المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بسير في نفس الاتجاه فكل عقد تكون الإدارة طرفا فيه (الدولة , و الولاية , البلدية , أو المؤسسة العامة) يعود الاختصاص القاضي الذي ينظر في المواد الإدارية.فعندما تجري الإدارة عقدا وفقا لأحكام قانون الصفقات فإن القانون الإداري هو الذي يطبق و لكن إذا جرى العقد خارج إطار هذا القانون فيعني هذه الحالة القاضي الجزائري يصادف بعض الصعوبات في التوصيف . ..

و قد نصت المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية على أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات الإدارية، و عرفت هذه المنازعات في الفقرة الثانية منها بقولها " القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها" ، و هي بذلك إنما تبنت بصورة قطعية المعيار "العضوي" أساسا لتحديد اختصاص القاضي الإداري.

غير انه لا يوجد ما يثبت قانونا خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري، فيما عدا الصفقات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، و من ثمة و مقارنة بأحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام، فإن الصفقات العمومية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة مؤسسة عمومية خاضعة لأحكام القانون التجاري حتى و لو كلفت بإنجاز عملية ممولة

كليا أو جزئيا بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، لا تدخل في إطار المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية، و بالتالي لا يختص القضاء الإداري بالنظر فيها تمسكا بالمعنى الحرفي الوارد في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]. ثم أن المادة 801 في فقرتها 03 تنص على أن المحاكم الإدارية تختص أيضا بالنظر في القضايا التي تخولها إياها نصوص خاصة، الأمر الذي يدفع إلى البحث في قانون الصفقات العمومية متمثلا في المرسوم الرئاسي 247/15 عن أي نص يتضمن تخويل المحاكم الإدارية ولاية النظر في منازعات الصفقات العمومية. و المادة 804 الفقرة 3من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على انعقاد الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، و ذلك في مادة العقود الإدارية " مهما كانت طبيعتها " على حد تعبير المشرع. و من ثمة فإن الأمر أصبح متعلقا بمدى اعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية أم لا في مفهوم القانون، و فيهذا الصدد يذهب بعض المؤلفين [2] إلى دمج الصفقات العمومية في إطار العقود الإدارية، على اعتبار أن العقد الإداري بمفهومه العضوي يتطلب أن يكون أحد طرفيه هيئة عمومية إدارية، و بالتالي فإنه لا جدل في أن صفقات الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية تعتبر عقودا إدارية ، و لكن ليس لأنها صفقات عمومية بل لأن أحد أطرافها هو هيئة عمومية من طبيعة إدارية، و من ثمة نعود إلى الإشكال الأول المتمثل في الوضع القانوني لصفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري حينما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بصورة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية.

1- أنظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، بدون رقم الطبعة ،2005، ص 07.

و لا توجد إشارة تبعا لذلك في القواعد المنضمة للاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية إلى أن هذه الأخيرة تختص بنظر دعاوى الصفقات العمومية بحسب الموضوع، إلا ما هو وارد في نص المادة 946 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية التي استعملت في نهاية فقرتها مصطلح " الصفقات العمومية " بما يوحي بانعقاد الاختصاص للقاضي الإداري بنظرها.و الحقيقة أن الإشكالية و خلافا للبساطة التي تناولها بها البعض[1] بقوله:" فإن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية للفصل في النزاع الناشئ عن تلك العملية، لأننا بصدد صرف للمال العام، إذ لا يعقل أن يمنح المشرع الرقابة بشأن ذلك للقاضي العادي.... " و هي على قدر كبير من التعقيد.

و الحقيقة أن المحكمة العليا قد أشارت إلى هذه المسألة في قرارها المؤرخ في 2008/02/06 تحت رقم 414667 بقولها " كان يجب على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا كما فعلوا بالعنصر الموضوع و ليس العضوي .... " [2].

و كان ذلك في ظل سريان تقنين الإجراءات المدنية القديم الذي كانت مادته 07 غير واضحة بخصوص المعيار المعتمد، و بالتالي لا يمكن التحجج به في ظل المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد الذي تبنى بموجبه المشرع بلا جدل المعيار العضوي.

و لعل عدم الوضوح بخصوص اختصاص القاضي الإداري بنظر دعاوى الصفقات العمومية يخص فقط المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري، لأن الصفقات الأخرى تخضع لاختصاص القاضي الإداري إعمالا للمعيار " العضوي " و الذي لا يمكن تطبيقه على المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري[3].

1- لحسين بن الشيخ آث مالويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، بدون رقم الطبعة ،2013،ص 42.

2- منشور في جمال ساسي ،الاجتهاد القضائي في المادة التجارية و البحرية، منشورات كليك، الجزء الثالث، بدون رقم الطبعة، بدون سنة النشر، ص 1167.

3- و هو ما أكده مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 2001/01/22، مثلا بخصوص الوكالة العقارية ما بين البلديات حتى في ظل تقنين الإجراءات المدنية القديم، بقوله:"...كمؤسسات ليس لها الطابع الإداري و أنها تخضع للقضاء العادي في تصرفاتها..."، منشور في لحسين بن الشيخ آث مالويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، بدون رقم الطبعة ،2004،ص 293.

لذلك نجد بعض الأحكام القضائية سارت على النهج الصحيح و طبقت القانون صحيحا من خلال التمسك بالاختصاص من طرف القاضي التجاري معتبرة من يستندون إلى المعيار المادي إنما يستندون إلى معيار لم يعد محل تقدير قي قاعدة قانونية ،ثم إن المادة 946 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية و التي نصت على اختصاص قاضي الاستعجال في مادة الصفقات العمومية، يجب تفسيره في إطار نص المادة 800 من ذات التقنين، و من ثمة لا يختص القاضي الإداري ألاستعجالي إلا بنظر الصفقات التي يكون أحد أطرافها هو شخص من تلك المحددة بالمادة 800.

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة عليه

بالرجوع إلى نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 247/15 [1] التي تنص على انه :" لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب و مع ذلك يتعين عليها لإعداد إجراءات إبرام الصفقة حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المترشحين و شفافية الإجراءات و العمل على اعتمادها من كطرف هيئاتها الاجتماعية "

فان المشرع الجزائري اقر أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري تخضع بالنظر إلى موضوع نشاطها إلي القانون الخاص ، و بالتالي ينعقد الاختصاص القضائي بالنظر في منازعاتها للقضاء العادي ، غير انه و إسنادا للمرافق العمومية الصناعية و التجارية هي مرافق عامة تستفيد من امتيازات السلطة العامة لتسهيل أداءها لوظائفها . و لذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري . و يختص القاضي العادي في نزاعات الصفقات العمومية ذات الطابع المدني والتجاري بالنظر في النزاعات آلاتية :

1-نزاعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الإدارية غير المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة ذاتيا من ميزانيتها الخاصة :تعتبر نزاعات الصفقات العمومية التي تبرمها هذه المؤسسات العمومية، في حالة ما إن كانت هذه الصفقات ممولة ذاتيا

1-المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المؤرخ في : 16 سبتمبر 2015.

من ميزانيتها الخاصة، أي غير ممولة من طرف ميزانية الدولة سواء كان ذلك كليا أو جزئيا، نزاعات ذات طابع مدني تؤول لاختصاص القضاء العادي.

2- النزاعات الناتجة عن تنفيذ صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص : تعتبر النزاعات التي تنشأ في صفقة عمومية مبرمة بين مؤسستين خاصتين نزاعات عادية تؤول إلى اختصاص القاضي العادي؛ وهذا ما أكده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها، رقم 414667 ، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 06 فيفري 2008 ، في قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء حيث اعتبرت أن القضاء العادي هو الذي يختص بالفصل في المنازعات الناتجة عن تنفيذ [1] صفقة عمومية، مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص.

1- القرار القضائي رقم 468744 الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية المحكمة العليا بتاريخ 6 فيفري 2008 في قضية الصندوق الوطني للتأمينات ضد مؤسسة أشغال البناء ؛ أنظر مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008 ، ص 219 و ما بعدها.

و خلاصة الفصل الأول:

-الصفقات العمومية التي تكون المصلحة المتعاقدة فيها دولة أو جماعة محلية أو مؤسسة عمومية إدارية، و هي من اختصاص القاضي الإداري ليس لأنها صفقات عمومية، و لكن لأن أحد أطرافها هو شخص معنوي عام من تلك المحددة بنص المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية.

-الصفقات العمومية التي تكون المصلحة المتعاقدة فيها مؤسسة عمومية خاضعة للقانون التجاري حينما تكلف بإنجاز مشاريع ممولة كليا أو جزئيا بصورة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية، و هي من اختصاص القاضي العادي تطبيقا لصريح نص المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية.

-الصفقات العمومية التي تكون المصلحة المتعاقدة فيها مؤسسة عمومية خاضعة للقانون التجاري، حينما تنجز مشاريع من غير مساهمة ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية، و هي أيضا خاضعة للقضاء العادي طبقا لنص المادة 800 من تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية و يستند رأينا هذا إلى ما يلي:

-أن المادة 800 واضحة لا تحتاج إلى تفسير و لا تأويل في اعتمادها المعيار العضوي فقط.

-أن المرسوم الرئاسي 247/15 باعتباره النص الخاص خال من أية إشارة إلى اختصاص القاضي الإداري.

-أن الصفقات العمومية ليست في مجملها عقودا إدارية و هو ما يستشف من نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 الذي يعتبرها عقودا فقط، و بالتالي تتحدد طبيعتها بالنظر إلى طبيعة أطرافها.

-أن الاستناد إلى المعيار المادي ممثلا في مصدر التمويل بصريح نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 لا يخص سوى تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في إبرام الصفقة، هل هي تلك المحددة في المرسوم أم تلك المحددة في الإجراءات الخاصة بالمؤسسة العمومية، و لا صلة له البتة باختصاص القاضي الإداري، و من ثمة فإن من يستندون إلى هذا المعيار يخالفون القانون صراحة.

الفصل الثاني

الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي العادي

يطرح نظام ازدواجية القضاء ونظام ازدواجية الهياكل القضائية ضرورة توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي ولهذا الغرض يستعمل المشرع وكذلك القضاء مجموعة من المعايير لتحديد مجال اختصاص القضاء الإداري وبالتالي إخراج من دائرته كل القضايا التي يعود النظر فيها للقاضي العادي.

فإذا كان تنوع المعايير المحددة لمجال اختصاص القضاء الإداري فإن طريقة استعماله تختلف حسب معطيات تعود إلى طبيعة النظام القضائي الإداري في الجزائر.

وعلى هذا الأساس، ستعرض قواعد توزيع الاختصاص بصفة عامة ومجردة ثم تقديم قواعد هذا التوزيع بخصوص القضاء الإداري الجزائري.

المبحث الأول: اختصاص القاضي الإداري في الصفقات العمومية

في حال فشل التسوية الودية ، نجد المشرع الجزائري قد منح للمتضرر من الصفقات العمومية ، وسائل قانونية أخرى من أجل تسوية النزاع ، و تتمثل في التسوية القضائية ، و هي تختلف عن التسوية الودية حيث أنها تنهي النزاع بصفة إلزامية بمجرد صدور قرار نهائي من القاضي المختص، وتنص المادة 153 على أنه : "تسوى النزاعات التي تطأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها "

و يعتبر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المجال الحيوي الذي يتحرك من خلاله القاضي و المتقاضي في كل النزاعات بما في ذلك منازعات الصفقات العمومية بشقيها الموضوعي و الاستعجالي .

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لاختصاص القاضي الإداري في الصفقات العمومية

و يفهم من ذلك أن المشرع أحال الفصل في نزاعات الصفقات العمومية إلى القضاء، طبقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .ومن المعلوم أن النظام القضائي في الجزائر بعد سنة 1996 ، هو نظام ازدواجي؛ فهناك قاضي إداري له مجاله الخاص به و قاضي عادي له مجاله الخاص به .و هذا ما يطرح إشكالا فيما يخص طبيعة الاختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية .وعلى العموم، فإن القاضي الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل في نزاعات الصفقات العمومية .غير أن هناك بعض نزاعات الصفقات العمومية، تؤول لاختصاص القاضي العادي.

وسنقوم بتوضيح ذلك، من خلال :تحديد اختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية (الفرع الأول) وتوزيع اختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية (الفرع الثاني)

الفرع الأول:تحديد اختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية

لقد كان لتبني نظام الازدواجية في النظام القضائي الجزائري، أثرا كبيرا في بروز دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية بصفة جلية ؛ حيث أصبح هناك جهتين قضائيتين متباينتين، هما :الجهات القضائية الإدارية والجهات القضائية العادية العدلية .(و كل جهة من هذين الجهتين، لها مجال منازعاتها الخاص بها .عكس ما كان في ظل الأحادية القضائية، حيث لم يكن هناك تقسيم مستقل بين الجهات القضائية الإدارية والعادية .فكانت المحاكم تفصل في جميع القضايا، على أساس النظام الداخلي الموجود فيها ولم يكن آنذاك قاضي إداري مختص وإنما كان هناك القاضي الذي يبت في المسائل الإدارية .لذلك لم تكن أي صعوبة في تحديد اختصاص القاضي بالنظر في قضية ما.

أما حاليا في ظل الازدواجية، فإن هناك عدة إشكالات تطرح في إطار تحديد اختصاص القاضي الذي ينظر في منازعات الصفقات العمومية .ويرجع سبب ذلك، إلى تنوع هذه النزاعات من جهة و إلى صعوبة تكييف بعضها من طرف القاضي من جهة أخرى .هذا ما يوجب تحديد طبيعة اختصاص القاضي الإداري و مجالات اختصاصه والقانون الواجب أن يطبقه.

أولا :اختصاص القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية

إن مسألة تحديد طبيعة اختصاص القاضي الإداري في النظر في منازعات الصفقات العمومية، يعتبر من أهم الإشكالات التي يطرحها موضوع منازعات الصفقات العمومية .

أ –المعيار المعتمد من طرف القاضي الإداري لتحديد مجال اختصاصه في منازعات الصفقات العمومية:

لقد طرحت في الآونة الأخيرة، مسألة المعيار الذي يعتمده القاضي الإداري، فيما يخص تحديد اختصاصه بقوة في منازعات الصفقات العمومية؛ وذلك بعد انتهاج نظام الازدواجية، القضائية في الجزائر سنة 1996 وصدور تنظيم جديد للصفقات العمومية في سنة 2002 ،الذي أضاف أشخاص معنوية غير مألوفة إلى المصلحة المتعاقدة، في المادة 2 من المرسوم الرئاسي

رقم 236/10 المعدل والمتمم (المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15). ويتعلق الأمر، بإضافة مؤسسات عمومية_غير المؤسسات العمومية الإدارية _إلى المصلحة المتعاقدة وذلك، بشرط تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة ، وهو ما أفاد المشرع به تطبيق المعيار المادي، حسب هذه الفقرة من المادة 6 ؛ هذا ما أدى إلى عدم توافق بين المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم والمادة 800من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تفيد تطبيق المعيار العضوي.

فمن المعلوم، أن القاضي الإداري في الجزائر، لا يزال يعتمد على المعيار العضوي لتحديد مجال اختصاصه في النزاعات، فكلما كانت الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 800 طرفا في النزاع كان النزاع إداريا و تمسك القاضي الإداري باختصاصه.

ولم يخرج القاضي الذي يبت في المسائل الإدارية على هذه القاعدة، إلا في قضيتين مشهورتين فقط، طبق عليهما المعيار المادي استثنائيا وفي ظروف خاصة بكل قضية. ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب [1]؛ أين أصدرت « **SEMPAC** » ويتعلق الأمر بقضية الغرفة الإدارية للمحكمة العليا آنذاك [2] اجتهاد قضائي طبقت من خلاله المعيار المادي على هذه القضية.أما القضية الثانية، فهي القضية رقم020431 بتاريخ 2004/03/03 المتعلقة بنزاع داخلي لحزب سياسي، حيث أصدر مجلس الدولة قرار طبق من خلاله المعيار المادي على هذه القضية [3].

وبالتالي، فإن المعيار المادي غريب الاستعمال في القضاء الإداري الجزائري، عكس ما هو معمول به في فرنسا مثلا؛ حيث يتميز نظامها القضائي بالازدواجية، ويطبق القاضي الإداري المعيارين معا (العضوي و المادي)، حسب كل قضية وبالتالي لا إشكال هناك بهذا الخصوص.

1–أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة، 2011 ص 289 و ما يليها.

2–كانت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بمثابة مجلس الدولة حاليا، باعتباره لم يكن موجودا في ذلك الوقت.

3–أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 292 و ما يليها.

وفي هذا الصدد، فقد ظهر مؤخرا في القضاء الإداري في الجزائر توجه جديد، فيما يخص تطبيق المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم236/10 المعدل والمتمم(المادة 6 من المرسوم 247/15) ، حيث أصبح القاضي الإداري يعتمد على المعيار المادي، كمعيار ثاني فيما يخص منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية_غير المؤسسات العمومية الإدارية،عندما تكفل بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

و في نفس الإطار، هناك قرار آخر يؤكد هذا التوجه بصفة ضمنية؛ و يتعلق الأمر بالقرار رقم 42 الصادر من محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13 في قضية مؤسسة البناء (ق.ج)، ضد الشركة الوطنية للتأمين (SAA)[1] ،حيث جاء في حيثياته ما يلي: ...حيث أنه وإذا كان هناك فعلا في قضية الحال عقد صفقة عمومية مبرم بين السيد(ق،ج)، مدير مؤسسة البناء و الشركة الجزائرية للتأمين(SAA) وحدة بشار فإن الشركة الوطنية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام و إنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري (EPIC) وغير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع عمومية بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة (المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم250/02 المعدل والمتمم المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام...)" .

يستخلص من هذا القرار، أن محكمة التنازع، اعتبرت الصفقة التي أبرمت مع شركة التأمين وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري (و هي ليست من الأشخاص المعنوية العمومية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ، لاسيما المادة 7 منه)، هي عن طريق المخالفة، فيما يخص المنازعة الناتجة عن إبرامها، من اختصاص القاضي الإداري، إذا كان التمويل، جزئيا أو كليا من خزينة الدولة[2] ، تطبيقا للمادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية بالاستناد إلى المعيار المادي.

1- أنظر فيما يخص هذا القرار، مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009 ، ص 147 و ما بعدها.

2- أنظر ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص168 .

كما أن هناك اجتهاد صادر من المحكمة العليا، يقضي بعدم اختصاصها بالفصل في منازعة منصبة على صفقة عمومية ممولة بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة و بأن القضاء الإداري هو المختص؛ وهذا في قرارها رقم 468744 الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية، بتاريخ 04 جوان 2008 في قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقاولة أشغال البناء [1] حيث جاء في بعض حيثياته ":حيث أنه بالفعل نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي المؤرخ 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أن تدابير هذا المرسوم تطبق على المؤسسات العمومية و حتى على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري إذا كانت مكلفة بإنجاز مشاريع استثمارية بالمشاركة الكاملة لميزانية الدولة، وحيث أن بناء مساكن اجتماعية تتم حسب المرسوم التنفيذي رقم 42/98 المؤرخ في 1 فبراير 1998 المتضمن طرق توزيع السكنات الاجتماعية و حسب المادة 2 منه بالتمويل الكامل من الخزينة العمومية، وحيث أن الطاعن بصفته مؤسسة ذات الطابع التجاري، أبرم صفقة مع المطعون ضده من أجل إنجاز ستة سكنات ذات الطابع الاجتماعي كما هو ثابت من الصفقة المبرمة بين الطرفين ومنه فإن النزاعات الناشئة بين الطرفين تؤول إلى القضاء الإداري.

ومن هنا، نجد أن القاضي الإداري أصبح يتمسك باختصاصه في منازعات الصفقات العمومية وفقا للمعياريين؛ المعيار العضوي بالنسبة للأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية(المادة 7 سابقا)، كما أصبح مؤخرا يطبق المعيار المادي والمتمثل في عنصر التمويل من ميزانية الدولة بالنسبة للمؤسسات العمومية في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم –غير المؤسسات العمومية الإدارية– .

1– أنظر فيما يخص هذا القرار، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009 ، ص 176 و ما بعدها.

وهذا ما يعتبر قفزة نوعية للقضاء الإداري في الجزائر، بالرغم من أن نظام الازدواجية، يتطلب منطقيا الاعتماد على كلا المعياريين (المادي و العضوي)، بغض النظر، عن ما إذا كان هناك نص قانوني يحدد تطبيق معيار معين دون الآخر .وهو المستوى الذي لم يصل إليه بعد، القاضي الإداري في الجزائر.

إن بعض فقهاء القانون الإداري في الجزائر، مازالوا يعتبرون أن القاضي الإداري يعتمد على المعيار العضوي فقط في تحديد اختصاصه.

و في هذا الصدد، نذكر من بين هؤلاء الفقهاء، الأستاذ محمد صغير بعلي، الذي اعتبر في مؤلفه الذي يحمل عنوان "المحاكم الإدارية "[1]، أن القاضي الإداري في الجزائر لا زال يعتمد على المعيار العضوي الموجود في المادة 800 أي المادة 7 سابقا [2]؛ حيث أخرج منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع والتجاري المذكورة في المادة 2 من اختصاص القضاء الإداري واعتبر أن هذه النزاعات تؤول إلى القضاء العادي) العدلي (وقد استند في ذلك، إلى قرار مجلس الدولة رقم 003889 ، المؤرخ في 05نوفمبر 2002 ، في قضية (ز،ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق – قسنطينة [3]و الذي بموجبه أخرج المنازعات التي تبرمها هذه المؤسسات من اختصاص القضاء الإداري.

1- أنظر محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، المرجع السابق، ص121 .

2- أنظر المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق الذي صدر بواسطة الأمر رقم 54/66 1 المؤرخ في 8 جوان ، 1966، المعدل والمتمم، الملغى بالقانون09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

3- أنظر فيما يخص هذا القرار، مجلة مجلس الدولة، العدد3 ، 2003 ، ص 109 و ما بعدها.

غير أن رأي الأستاذ محمد صغير بعلي و من معه، مقبول في إطار المرسوم التنفيذي رقم 434/91 لكنه ليس مقبول في إطار المرسوم الرئاسي رقم 250/02 وكذلك الأمر بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم ونبرر ذلك فيما يلي:

1-إن هذه القضية عولجت في إطار المرسوم التنفيذي رقم 434/91 الذي تميز بتطبيقه على القطاع الإداري دون القطاع الاقتصادي مطبقا للمعيار العضوي بحذافيره .لأن القضاة آنذاك طبقوا على هذه القضية، المادة 59 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[1]، التي نصت على خضوع المؤسسات (المقاولات) العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى القانون التجاري، أي عدم خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية الساري آنذاك .وهذا ما يؤدي منطقيا، بقضاة مجلس الدولة إلى تطبيق نفس القانون الذي ظهر فيها النزاع وهو المرسوم التنفيذي رقم 434/91 فلا يعقل أن يطبق قاضي المحكمة قانون و يطبق قضاة الدرجة الثانية قانون آخر في نفس القضية، فلا بد أن يطبقوا نفس القانون.

2-إن هؤلاء الفقهاء، كان لابد عليم من تحديد تاريخ القرار و مضمونه بدقة والإشارة إلى أن القضية موضوع القرار، قد وقعت وعولجت في إطار المرسوم التنفيذي 434/91 لتوضيح الأمور بدقة وهو ما لم يفعلوه؛ وبالتالي فإن هذه التوجهات التي أخذ بها هؤلاء الفقهاء مقبولة فقط، في إطار المرسوم التنفيذي رقم434/91 غير أنها ليست مقبولة، فيما يخص القضايا المعالجة في إطار تنظيمات الصفقات العمومية الصادرة بعد ذلك، على اعتبار أن القاضي الإداري أصبح يطبق نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم236/10 بحذافيره .وأصبح يعتمد على المعياريين معا، المعيار العضوي و المعيار المادي في تحديد اختصاصه في منازعات الصفقات العمومية.

1- فيما يخص القانون رقم 01/88، انظر ج ر، رقم 2، المؤرخة في 13 جانفي 1988، 30.

ب- توزيع الاختصاص بين الجهات الإدارية فيما يخص منازعات الصفقات العمومية:

إن مسألة توزيع الاختصاص بين الجهات الإدارية في منازعات الصفقات العمومية، تطرح فيما يخص إن كانت تخضع للمحاكم الإدارية أم مجلس الدولة.

وفي هذا الصدد، فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية واضح بهذا الخصوص .حيث حدد بصراحة كيفية توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية في منازعات الصفقات العمومية، حيث منح لكل جهة اختصاصات معينة، سواء تعلق الأمر بالمحاكم الإدارية أو مجلس الدولة .و في هذا الإطار، سنقوم بتحديد اختصاصات كل من المحاكم الإدارية و اختصاصات مجلس الدولة[1]فيما يخص منازعات الصفقات العمومية.

1-اختصاصات المحاكم الإدارية:

لقد حدد المشرع اختصاصات المحاكم الإدارية في المواد 800، 801، 802، 803، 804، 946و947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1] حيث تعتبر المحاكم الإدارية هي

صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية –والتي تعتبر من بينها منازعات الصفقات العمومية ذات الطابع الإداري –كأول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، حيث تقوم بالاختصاصات التالية:

–تختص بالفصل في دعاوى الإلغاء، بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقات العمومية)القابلة للإلغاء (الصادرة عن:

*الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة؛

*البلدية و المصالح الإدارية الأخرى؛

*المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية؛

1- أنظر المواد 800، 802،801، 803، 804، 946 و947 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-تختص كذلك، بكل دعاوى القضاء الكامل، حتى لو كانت الجهة التي هي طرفا في النزاع إدارة مركزية؛

-تفصل في مجال الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية؛

-للمحاكم الإدارية أن تتمسك بالمعيار المادي لتحديد اختصاصها، فيما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية التي تكون المؤسسات العمومية_غير المؤسسات العمومية الإدارية _ المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم236/10 المعدل، طرفا فيها بشرط أن تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

2-اختصاصات مجلس الدولة:

لقد حدد المشرع اختصاصات مجلس الدولة في المواد 901 و 902 و 903 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] حيث يقوم بالاختصاصات التالية:

-يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة) القابلة للإلغاء (المتعلقة بالصفقات العمومية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية؛

-يختص كذلك، بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية؛

-يختص كذلك، بالنظر في الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية؛

-يختص في بعض النزاعات بموجب نصوص خاصة.

تجدر الإشارة، أن مجلس الدولة في مجال الصفقات العمومية، لا يطبق المعيار

العضوي فقط وإنما يطبق إلى جانبه المعيار المادي، الذي يستمده من المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم السالفة الذكر.

1- يقابلها المواد 9، 10، 11، من القانون العضوي رقم 01/98 المتمم والمعدل.

الفرع الثاني : القانون الذي يطبقه القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية

إذا كان القاضي الإداري، توجه إلى الاعتماد على المعيارين المادي و العضوي في تحديد مجال اختصاصه، عكس ما كان من قبل، فإن المشكل أصبح يطرح في مسألة القواعد القانونية التي يطبقها القاضي الإداري خلال نظره في نزاعات الصفقات العمومية، فهل؟ يطبق قواعد القانون العام أم قواعد القانون الخاص [1].

إن هذا الإشكال في غاية التعقيد، لأنه يقودنا إلى إشكال آخر وهو :هل هناك قاضي إداري في الجزائر مختص في القانون الإداري، لكي يطبق قواعد القانون العام على النزاع الإداري تطبيقا صحيحا؛ أم أن القاضي الإداري هو مجرد قاضي إدارة يبت في المسائل الإدارية ويطبق القانون الذي يراه مناسبا سواء كان عاما أو خاصا؟

و على هذا الأساس، سنقوم بمعرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الصفقات العمومية (أولا) ثم واقع القاضي الإداري بالجزائر في مجال تطبيق القانون على منازعات الصفقات العمومية(ثانيا)

أولا: القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الصفقات العمومية:

إن الصفقات العمومية في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم،تخضع في إبرامها و تنفيذها إلى قواعد غير مألوفة في العقود الخاصة، التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث تتميز الصفقات العمومية، بأنها تخضع عند الإبرام إلى قواعد قانونية معدة مسبقا، عكس ما يتطلبه العقد الخاص بالتراضي فقط، كما تتميز خلال تنفيذها باستعمال السلطات الإدارية لامتيازاتها العامة، عكس ما هو في العقد الخاص الذي تستعمل فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

1-Voir Mohamed Kobtan, introduction à l'étude du droit des marchés publics, revue du Conseil d'Etat,n°03, 2003, p. 46.

و على هذا الأساس، سنقوم بمعرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الصفقات العمومية (أولا) ثم واقع القاضي الإداري بالجزائر في مجال تطبيق القانون على منازعات الصفقات العمومية(ثانيا)

أولا: القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الصفقات العمومية:

إن الصفقات العمومية في إطار المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم،تخضع في إبرامها و تنفيذها إلى قواعد غير مألوفة في العقود الخاصة، التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث تتميز الصفقات العمومية، بأنها تخضع عند الإبرام إلى قواعد قانونية معدة مسبقا، عكس ما يتطلبه العقد الخاص بالتراضي فقط، كما تتميز خلال تنفيذها باستعمال السلطات الإدارية لامتيازاتها العامة، عكس ما هو في العقد الخاص الذي تستعمل فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وهذا يعود لسبب واحد، هو أن الصفقات العمومية ترتبط دائما بالصالح العام؛ لذلك فالقواعد القانونية التي تطبق عليها تفرضها قواعد الصالح العام، سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو تنفيذه . فلو جئنا لإبرام عقد الصفقة العمومية، لوجدنا أنه يخضع لمجموعة من القواعد المتعلقة بالعقد الإداري، التي تهدف إلى وضع قيود على حرية الإدارة التعاقدية؛ فالإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود .فهي تلتزم في هذا السبيل، بإتباع إجراءات ومسؤوليات رسمها المشرع في القوانين واللوائح التنظيمية، ضمانا لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد معهم تحقيقا للصالح العام، الذي تستهدفه الإدارة دائما من إبرام العقد [1] كما نجد في مرحلة تنفيذ العقد، أن المصلحة المتعاقدة تتمتع بمجموعة من الامتيازات والسلطات الاستثنائية المرتبطة بأولوية الصالح العام الذي تقوم بحمايته، لحرصها الدائم على السير الحسن للمرافق العامة؛ فلها حق

1- أنظر مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 142 و143 .

تعديل شروط العقد إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك. ويمكنها فسخه بإرادتها المنفردة، حتى بدون خطأ من جانب المتعاقد [2] و كل هذه القيود التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية و الوسائل التي تستعملها المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة، هي أدوات تعتبر من صميم القانون العام .و بالتالي، فإن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على نزاعات الصفقة العمومية، التي تتميز بالطابع الإداري، هي قواعد القانون العام، لاسيما قواعد القانون الإداري .غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق بعض قواعد القانون الخاص، على بعض المسائل في نزاعات الصفقات العمومية، كالنزاعات المتعلقة بأهلية التعاقد، أو النزاعات الواقعة بين المتعاقد مع الإدارة والمتعامل الثانوي في صفقة عمومية ما، كما سنرى لاحقا .و بالتالي، فإن هذا يتطلب وجود قاضي مختص و ملم بكل خبايا الصفقات العمومية، لكي يقوم بالتطبيق الصحيح للقانون ولا يخلط بين المسائل التي تتطلب تطبيق القانون العام و المسائل التي تتطلب تطبيق القانون الخاص، وسوف نرى واقع القاضي الإداري في الجزائر من ذلك وهل يقوم بالتطبيق الصحيح للقانون؟ في العنصر الموالي.

ثانيا:واقع القاضي الإداري بالجزائر في مجال تطبيق القانون على نزاعات الصفقات العمومية:

إن واقع القاضي الإداري في الجزائر، في مجال تطبيق القواعد القانونية على نزاعات الصفقات العمومية، مر أساسا بمرحلتين .فالصفقة العمومية في الجزائر، كانت قبل سنة 1996، أي في ظل وحدة القضاء في الجزائر، تخضع إلى هيكل قضائي واحد، كما ذكرنا سابقا، أما القانون الواجب التطبيق على منازعاتها آنذاك، فهو قانون الإدارة العمومية، وهو مزيج من قواعد القانون العام و القانون الخاص [2]؛ فكان هناك خليط بين تطبيق أحكام القانون المدني والتجاري وبين تطبيق قواعد القانون الإداري على نزاعات الصفقات العمومية آنذاك.

1- أنظر نفس المرجع، ص143 .

2- أنظر ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص164 .

و بعد سنة 1996 ، في ظل ازدواجية القضاء، أصبح هناك هيكلين قضائيتين، يتميز كل هيكل بتطبيق قانون معين على منازعاته؛ فالقضاء الإداري له منازعاته الخاصة به، يطبق عليها القانون العام و القضاء العادي له منازعاته الخاصة به، يطبق عليها القانون الخاص.

حيث أصبح القاضي الإداري يطبق في منازعات الصفقات العمومية المختص بها، بنود عقد الصفقة العمومية، الذي هو من صميم القانون العام، على اعتبار أن هذا العقد يحتوي على أحكام مختلفة تماما عن العقد الخاص، الذي يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

كما أصبح كذلك، يطبق أحكام قانون الصفقات العمومية، الذي يحتوي على قواعد هامة من قواعد القانون الإداري .وبذلك في اعتقادنا، أن توجه القاضي الإداري أصبح يميل إلى تطبيق أحكام القانون العام، في أغلب من منازعات الصفقات العمومية المختص بها وهذا فيما يخص القرارات التي قمنا بالاطلاع عليها ونذكر على سبيل المثال، القرار الصادر من مجلس الدولة رقم الملف 38341 ، بتاريخ 16 جانفي 2008 ، في قضية مؤسسة الانجاز والبناء، ضد المعهد الوطني للخرائط والكشف عن بعد[1]، حيث جاء في حيثياته مايلي..." :

وأمام عدم تدارك ذلك قامت المستأنف عليها بفسخ الصفقة من جانب واحد .حيث أن قرار الفسخ جاء مبرر بما فيه الكفاية بعدما أخلت المستأنفة بالتزاماتها التعاقدية وفق بنود العقد"...

يتضح من خلال هذا القرار، أن القاضي الإداري قام بتطبيق بنود عقد الصفقة العمومية على النزاع، حيث أيد فسخ الصفقة من جانب واحد وهي المصلحة المتعاقدة، في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته وهو ما يعد من صميم القانون العام، باعتباره لا يوجد في العقد الخاص.

1- هذا القرار غير منشور، صادر من الغرفة الأولى لمجلس الدولة، للاطلاع عليه، أنظر الملحق رقم 02 ، ص142 .

المطلب الثاني :مجالات اختصاص القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية

تتنوع مجالات اختصاص القاضي الإداري في نزاعات الصفقات العمومية، باختلاف أنواع هذه النزاعات؛ وإن كان الاختصاص الأصيل للقاضي الإداري في هذه النزاعات هو في مجال القضاء الكامل ، فإن هناك مجالات أخرى يختص فيها القاضي الإداري و يتعلق الأمر بمجال قضاء إلغاء القرارات المتعلقة بالصفقة العمومية و بمجال القضاء الإداري الإستعجالي وهذا كله من أجل حماية الصفقات العمومية و إضفاء المشروعية عليها.

وسنقوم بالتطرق لهذه المجالات على النحو التالي :قضاء الإستعجال في منازعات الصفقات العمومية (الفرع الأول)، قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية(الفرع الثاني) و القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية(الفرع الثالث).

الفرع الأول:قضاء الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية:

يختص القاضي الإداري الإستعجالي في النظر في الدعاوى الإستعجالية، التي ترفع بشأن نزاعات الصفقات العمومية؛ ولدراسة قضاء الاستعجال في نزاعات الصفقات العمومية سيتم التطرق للإطار القانوني لقضاء الاستعجال في نزاعات الصفقات العمومية(أولا) و كذا شروط رفع الدعوى الإدارية الإستعجالية في نزاعات الصفقات العمومية (ثانيا) ثم صلاحيات قاضي الاستعجال عند النظر في منازعات الصفقات العمومية (ثالثا)و أخيرا أثر الدعوى الإستعجالية على نزاع الصفقة العمومية(رابعا)

أولا: الإطار القانوني لقضاء الاستعجال في نزاعات الصفقات العمومية:

لقد منح المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لكل من له مصلحة في إبرام الصفقة العمومية، أن يرفع دعوى قضائية استعجاليه أمام المحكمة الإدارية المختصة، في حالة وجود إخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية ؛ وهذا ما نصت عليه المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابقتين الذكر [1]والمثير للانتباه، أن المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم لم يشير لأي إطار قانوني لهذه الدعوى، ما يوجب على المشرع تدارك الوضع في التعديلات القادمة.

ثانيا:شروط رفع الدعوى الإدارية الإستعجالية في نزاعات الصفقات العمومية:

لقد قام المشرع، بتحديد شروط رفع الدعوى الإدارية الإستعجالية في النزاعات المتعلقة (1) والشروط الموضوعية بإبرام الصفقات العمومية، تتمثل في الشروط الشكلية (2)

1 –الشروط الشكلية:

-أن تتوفر الصفة و المصلحة وفق القواعد العامة في المنازعات الإدارية.

–أن يتم رفع دعوى بواسطة عريضة افتتاحية أمام المحكمة الإدارية، مع مراعاة

شروط العريضة و شرط الاختصاص القضائي طبقا للقواعد العامة في المنازعات الإدارية.

1-أنظر المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2-الشروط الموضوعية:

لكون أن الدعوى الإستعجالية الإدارية في نزاعات الصفقات العمومية، هي حالة خاصة لا يتطلب الفصل فيها شرط الاستعجال أو شرط السرعة [1]، فإن المشرع لم يحدد شروط موضوعية خاصة متعلقة بالاستعجال في القواعد العامة .واكتفى بتحديد شرط موضوعي وحيد، يتمثل في وجوب توفر حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة، التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية .والملفت للانتباه هنا في نص المادة 946 ، أن المشرع اكتفى بحالة استعجالية واحدة، هي حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة و لم ينص على حالات استعجالية أخرى متعلقة بعمليات إبرام الصفقات، كما لم يذكر أي حالة استعجال متعلقة بعمليات تنفيذ الصفقات العمومية رغم كثرتها .لذلك وجب على المشرع تدارك النقائص الموجودة في المادة 946 السالفة الذكر، بالرغم من الإيجابيات التي تحملها هذه المادة حاليا، لاسيما أهميتها في حماية مبادئ الصفقات العمومية.

ثالثا: صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري عند النظر في نزاعات الصفقات العمومية:

تتحدد مهمة القاضي الإستعجالي الإداري، في نزاعات الصفقات العمومية فيما يلي:

-تقدير قانونية الإجراءات المتبعة من طرف السلطات الإدارية المعنية بإبرام الصفقة العمومية [2]

- مراقبة مدى احترام الإدارة لالتزاماتها المتعلقة بالمنافسة و الإشهار [3]

1- أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص130

2- أنظر نفس المرجع، ص210 .

3- أنظر شريف كتو، المرجع السابق، ص83 .

- يمكن له أن يأمر الإدارة بتعليق أو تأجيل إمضاء العقد،إذا لاحظ القاضي الإستعجالي الإداري، أي إخلال بالالتزامات للسلطة الإدارية المتعلقة بالمنافسة و الإشهار و له إمكانية أن يأمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل إمضاء العقد مع نائل الصفقة، إلى غاية نهاية الإجراءات و لمدة لا تجاوز عشريين يوما[1]

–للقاضي إمكانية تسليط غرامة تهديديه على المصلحة المتعاقدة في حالة عدم امتثالها لالتزاماتها في الأجل المحدد لذلك [2]

رابعا: أثر الدعوى الاستعجالية على نزاع الصفقة العمومية:

يترتب على الدعوى الإستعجالية الإدارية أثرين هما:

–إما أن يتخذ القاضي أمر أو تدبير وقائي، يؤدي إلى تفادي إبرام عقد صفقة عمومية نهائي غير مشروع، تترتب عليه آثار يصعب إزالتها بعد ذلك، وفي حالة عدم امتثال المصلحة المتعاقدة لتنفيذ التزاماتها في الآجال المحددة، يمكن للقاضي أن يحكم بغرامة تهديديه على المصلحة المتعاقدة، تسري من تاريخ نهاية الأجل المحدد لتنفيذها.

–في حالة تأكد القاضي، بأن الدعوى لم تتوفر فيها الحالة الواردة في المادة 946السابقة الذكر، فإنه يقوم برفض الدعوى و تستمر عملية إبرام الصفقة بصفة عادية.

و تجدر الإشارة، أن المشرع التزم الصمت في إمكانية الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، في الأوامر التي يصدرها القاضي الإستعجالي.

الفرع الثاني : قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

إذا كانت القاعدة العامة أن الطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية، و هذا يعني إغلاقه بالنسبة للعمليات المركبة وأولها العقود الإدارية[3] والصفقات العمومية، لأن يكون لقضاء

1– أنظر شريف كتو، المرجع السابق، ص83 .

2– أنظر الفقرة الخامسة من المادة 946 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3– أنظر حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 ص116 .

الإلغاء دور ولو محدود في الفصل في منازعات الصفقات العمومية وهذا، فيما يتعلق بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة المتعلقة بالصفقة العمومية؛ فقد تصدر الجهة، (الإدارية المختصة)وزارة، ولاية، بلدية، مؤسسة عمومية إدارية ، مؤسسة عمومية ...[1] الالتزامات الموجودة بها هي التزامات شخصية و ليست موضوعية .غير أن ذلك لا يمنع أن قرارا إداريا يتعلق بصفقة عمومية، سواء كان ذلك في مرحلة إبرامها، كالقرار المتعلق بالمنح المؤقت أو قرار التأشيرة، أو كان في مرحلة تنفيذ الصفقة، كالقرار الإداري المتضمن تعديلات في الصفقة العمومية و قرار الفسخ من جانب واحد التي تتخذه الإدارة المتعاقدة؛ بشرط أن يكون هذا القرار مشوبا بعيب من عيوب المشروعية، كمخالفته الاختصاص أو مخالفته الإجراءات وغيرها، فيمكن حينئذ لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى، يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار ويطالب بإلغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية.

ولدراسة قضاء الإلغاء في نزاعات الصفقات العمومية، سنقوم بالتطرق للعناصر التالية:

1-الإطار القانوني لقضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية؛

2-شروط رفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية؛

3-سلطات قاضي الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية؛

4-أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة العمومية.

أولا: الإطار القانوني لقضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية:

دعوى الإلغاء، هي دعوى موضوعية، لها أساس دستوري، يتمثل في المادة 143 من دستور 1996 ، التي تنص على " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"[2] ومن بين هذه القرارات الإدارية، هناك القرارات المتعلقة بالصفقة العمومية.

1- نظر عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص196.

2-أنظر ت المادة 143 من دستور الجزائر لسنة 1996 ؛ أما فيما يخص النص باللغة الفرنسية، فقد جاءت المادة، على النحو التالي **La** ». **justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives** «

كما تستمد أساسها أيضا، من المواد9 ،10 و11من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه و عمله، المعدل والمتمم، بالإضافة إلى المواد801 ،901، 902 و903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: شروط رفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية:

تتحدد شروط رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية في الشروط التالية[1]:

-أن يقدم الطلب من غير المتعاقد، أما المتعاقد مع الإدارة فليس له، إلا دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل؛

-أن تقام الدعوى في الميعاد المقرر لإقامة دعوى الإلغاء و وفقا للإجراءات و الشروط المتعلقة بقبول دعاوى الإلغاء المحددة في القواعد العامة ؛

-أن تقوم دعوى الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه و ليس على أساس مخالفة الإدارة لأي التزاماتها التعاقدية؛

-أن يكون القرار الإداري المراد إلغاؤه، من القرارات الإدارية القابلة للإلغاء؛ فإذا كانت أغلب القرارات المنفصلة المتعلقة بعملية إبرام الصفقة تقبل الإلغاء، فإن القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية،لا يمكن إلغاؤها إلا إذا كانت .صادرة عن السلطة الإدارية بصفتها سلطة عامة و ليس إدارة متعاقدة [2].

1 - أنظر حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص119 .

2- أنظر حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 155 و156 .

ثالثا: سلطات قاضي الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية:

إن سلطة قاضي الإلغاء ضيقة جدا و محدودة في منازعات الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة .فهي منصبة على إلغاء القرار الإداري المعيب، المتعلق بالصفقة العمومية فقط، دون أن يتجاوز ذلك .فلا يستطيع قاضي الإلغاء إلغاء الصفقة العمومية أو إبطالها .وأهم السلطات التي يتمتع بها قاضي الإلغاء، هي :الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمامه، عدم حلول القاضي محل الإدارة المتعاقدة و إمكانية توجيه أوامر للإدارة المتعاقدة وتسليط غرامة تهديديه عليها.

-الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمامه:

كما ذكرنا سابقا، فإن قاضي الإلغاء يقوم بالفصل في دعوى الإلغاء ضد قرارات السلطات الإدارية وهذا ما تؤكده المادة 143 من الدستور؛ وعليه قبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري، عليه أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق في القرار الصادر، كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص أو ركن الشكل و الإجراءات و غيرها [1].

-عدم حلول القاضي محل الإدارة المتعاقدة:

لا يملك قاضي الإلغاء سلطة رئاسية على السلطة الإدارية وبالتالي لا يمكن أن يحل محلها ولا يمكن أن يتدخل في شؤونها، لأن صلاحيات قاضي الإلغاء تقتصر على تطبيق القانون و الخضوع له .وعلى هذا الأساس، يقتصر دور القاضي الإداري على إلغاء القرار الإداري غير المشروع ولا يمكن له أن يسد الفراغ الناتج عن الإلغاء [2].

-إمكانية توجيه أوامر للإدارة المتعاقدة وتسليط غرامة تهديديه عليها.

---

1 -أنظر عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص196 .

2- أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر العاصمة، 2011 ، ص162 .

لقد نص المشرع بصفة واضحة، على إمكانية توجيه القاضي الإداري، أوامر للإدارة وتسليط عقوبة مالية عليها .حيث تسمح هذه الوسيلة أن ينظر القاضي الإداري في الدعاوى المطروحة أمامه بصفة فعالة، خاصة بسبب وجود طرف قوي في النزاع الإداري [1]. وأهم هذه الوسائل، هي الغرامة التهديدية، التي تخول للقاضي الضغط على الإدارة المتعاقدة، في حالة عدم الامتثال لأوامره وهذا ما تنص عليه المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

-رابعا: أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة العمومية:

بعدما يصدر القاضي مقرر قضائي، بإلغاء القرار الإداري المنفصل المتعلق بالصفقة العمومية، اعتبر هذا القرار كأنه لم يكن، مما يؤدي إلى إلغاء القرارات التي تم إصدارها على أساس القرار الإداري الملغى، شريطة أن تكون علاقة قانونية قائمة بينهما [2].

والإشكال الذي يطرح نفسه في هذه المسألة، هو هل يؤثر إلغاء القرار الإداري المعيب على مشروعية الصفقة العمومية، على أساس ما بني على باطل فهو باطل، وهل يمكن إلغاء العقد؟ من الناحية القانونية، فإن سلطة قاضي الإلغاء، تقتصر على إلغاء القرار الإداري المنفصل، دون أن يلغي الصفقة العمومية، باعتبار القرار الإداري الملغى مستقل عن العقد [3].

غير أنه من الناحية العملية، فإن بمجرد أن يصدر حكم إلغاء القرار المنفصل، يمكن لأحد أطراف العقد استنادا إلى حكم إلغاء القرار المنفصل، اللجوء إلى قاضي العقد طالبا فسخه[4].

1- أنظر نفس المرجع، ص 162 و163 .

2- أنظر نفس المرجع ، ص165 .

3- voir , Bergeal (C) et Lenica(F), op.cit, p. 38 .

- .4 أنظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص330 .

الفرع الثالث: القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية:

كما ذكرنا سابقا، فإن الاختصاص الأصيل في منازعات الصفقات العمومية، سواء كانت في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ، يعود إلى مجال القضاء الكامل، لأنه قضاء شخصي لا موضوعي يتعلق بتحديد مركز من المراكز القانونية الشخصية [1]يتميز بشموله لمجموعة كبيرة من الدعاوى الإدارية، كدعاوى التعويض و المسؤولية وغيرها، كما يتميز أيضا، بكون أن السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في مجال القضاء الكامل، أوسع بالمقارنة مع سلطاته في الدعاوى الإدارية الأخرى[2].

وتتطلب دراسة القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية، التطرق إلى الإطار القانوني لدعوى القضاء الكامل ثم شروط رفعها وصور دعاوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية ثم سلطات القاضي الإداري في مجال القضاء الكامل في الصفقات العمومية وأخيرا أثر دعوى القضاء الكامل على نزاع الصفقة العمومية.

أولا:الإطار القانوني لدعوى القضاء الكامل:

تستمد دعوى القضاء الكامل أساسها القانوني، بصفة صريحة من الفقرة الثانية من المادة 801من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تستمدها أيضا بصفة غير مباشرة أي ضمنية، من المواد 800، 902، 903، 949، 953 و 960 من نفس القانون وهذا لأن ذه المواد تشير إلى إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية [3].

1 –أنظر سعيد سليماني، دور القاضي في معالجة منازعات عقود الإدارة، محاضرة ألقاها على طلبته، كلية الحقوق بجامعة جيجل، بدون ذكر السنة الجامعية، ص17 .

2– أنظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص184 .

3– أنظر نفس المرجع، ص186 .

ثانيا:شروط رفع دعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:

يخضع رفع دعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية، إلى نفس الشروط التي يخضع لها رفع دعوى القضاء الكامل في القواعد العامة في المنازعات الإدارية و التي تتمثل في الشروط التالية:

-**الشروط المتعلقة بالمدعي** :وهي متمثلة أساسا في الصفقة و المصلحة المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛ وعموما فإن المدعي يتمثل، إما في المتعهدين في مرحلة إبرام الصفقة ، أو أحد طرفي العقد في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية . ويمكن في بعض الصفقات العمومية، أن يتمثل المدعي في المتعامل الثانوي، في حالة إذا ما كان يطالب بالتزاماته المالية مباشرة من المصلحة المتعاقدة، طبقا للفقرة الثالثة من المادة 109 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم.

-**الشروط المتعلقة بالاختصاص القضائي** :تنص عليها المادة 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذلك المواد 902 و 903 من نفس القانون [1]في حالة الاستئناف والطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.

-**أما فيما يتعلق بالآجال** :فلا ينص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أجل رفع دعوى القضاء الكامل.

-**الشروط الموضوعية المتعلقة بدعوى القضاء الكامل** : وتتعلق هذه الشروط بتأسيس الدعوى؛ فعلى المدعي أن يؤسس دعواه بناء على توفر حالة من حالات إخلال الطرف الآخر من العقد بالتزاماته، سواء كانت عقدية أو غير عقدية. كما يمكن تأسيسها كذلك، بناءا على ضرر سببه أحد طرفي العقد للآخر، بشرط أن يكون قابلا للتعويض، مثل الضرر الذي يصيب المتعاقد من جراء عمل مشروع من طرف الإدارة المتعاقدة.

1- أنظر المواد 800، 902،801، 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: صور دعاوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:

تتخذ دعوى القضاء الكامل مجموعة من الصور نذكر أهمها فيما يلي:

-دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية:

ترفع هذه الدعوى في حال وجود عيب يمس تكوين الصفقة؛ فهنا ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد، إلا سبيل القضاء الكامل [1].

و الجدير بالذكر، أن الصفقة العمومية على غرار العقد الإداري، تقوم كما هو الشأن في القانون الخاص على ثلاث أركان وهي الرضا، المحل والسبب [2] وما على المدعي، إلا أن يؤسس دعواه على أساس عيب في تكوين عقد الصفقة أو صحته .فإذا ما تأكد القاضي من أي عيب من هذه العيوب [3] شاب تكوين العقد، يقضي ببطلان الصفقة العمومية محل النزاع.

-دعوى الحصول على مبالغ مالية:

تعتبر هذه الدعوى أكثر الدعاوى المرفوعة و التي تكاد تطغى على بقية أنواع الدعاوى [4] حيث يستهدف المدعي من خلالها، الحصول على مبالغ مالية وذلك في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد [5]،أي المقابل المالي عن الالتزامات التعاقدية التي قام بها.

كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة، المطالبة بتعويض عن الأضرار المادية التي أصابته من جراء خطأ جهة الإدارة المتعاقدة أو بدون خطأ وهذ ا بناء على ما يعرف بالمسؤولية

1- .أنظر اسماعيل بحري، المرجع السابق، ص59 .

2- .أنظر مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد حمد الشلماني ، المرجع السابق ، ص348 .

3- لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة، أنظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 310 و مايليها.

4- أنظر عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص195 .

5- .أنظر سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص189 .

العقدية و شبه العقدية في الصفقات العمومية [1].كما يدخل في مجال هذه الدعوى كذلك، الدعاوى المتعلقة بطلب الحصول على مبالغ ناتجة من الأشغال الإضافية ،الدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان، الدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار و الدعاوى المتعلقة بالفوائد التأخيرية [2].

-دعوى المطالبة بإبطال تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية:

تختلف هذه الدعوى على دعوى بطلان العقد، بحيث تؤدي دعوى بطلان العقد إلى إبطال كل العقد كأن لم يكن، لأنه معيب بأحد العيوب التي تصيب العقد .أما دعوى إبطال تصرفات الإدارة لمخالفة التزاماتها التعاقدية، فإن العقد صحيح، غير أن الإدارة المتعاقدة قامت بتصرفات غير مشروعة خارجة عن التزاماتها العقدية، خالفت فيها التزام تعاقدي، فيقوم القاضي بإبطال هذه التصرفات دون أن يمس ذلك بمشروعية العقد.

وفي هذه الصدد، فعلى المدعي إثبات مخالفة التصرف الصادر من الإدارة لالتزاماتها التعاقدية و يتأكد القاضي من ذلك ليصدر حكم بإبطال هذه التصرفات، حتى و لو كانت متعلقة بإلغاء قرار إداري متعلق بالفسخ أو توقيع جزاءات مالية، لأنها تدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل [3].

-دعوى فسخ عقد الصفقة العمومية:

يجوز لطرفي الصفقة العمومية، فسخ العقد عن طريق رفع دعوى فسخ أمام محكمة الإدارية المختصة، للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية .ويتوجب عليهما، أي الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد، الاستناد إلى سبب جدي يوجب الفسخ القضائي و يبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى [4].

1- Sur ce point d'analyse, voir Lajoys (C), op.cit, p p. 206 et suiv.

2- أنظر عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر،المرجع السابق، ص 195 و196 .

3- أنظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص308 .

4- أنظر عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص200 .

وعلى سبيل المثال، فقد تسبب الإدارة المتعاقدة دعوى الفسخ على أساس إخلال المتعاقد بالتزاماته كعدم القيام بالخدمة المطلوبة أو عدم احترامه لأجال الصفقة .كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة طلب فسخ الصفقة على أساس تعسف الإدارة في استخدام سلطاتها كتعديل عقد الصفقة بصفة جسيمة أو توقيع جزاءات مالية كبيرة.

رابعا: سلطات القاضي الإداري في مجال القضاء الكامل في الصفقات العمومية:

يمارس القاضي الإداري في مجال القضاء الكامل، سلطات واسعة وتتمثل أهم سلطات القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل، فيما يلي:

-سلطة الحكم ببطلان العقد :

إذا رفعت دعوى بطلان العقد أمام القاضي، فإن له سلطة تقديرية كاملة لتفحص مدى صحة العقد، سواء من حيث مدى توافر ركن الرضا و سلامته من كل العوارض التي قد تلحق به وكذا تفحص أهلية المخول له قانونا إبرام التصرفات الإدارية، كما يتفحص القاضي ما إذا كان محل العقد جائزا وممكنا ومشروعا وغيرها .وفي كل الأحوال إذا تأكد القاضي من عدم صحة العقد، قضى ببطلانه [1].

-سلطة إبطال التصرفات المنافية لبنود العقد:

في حالة رفع المتعاقد دعوى إبطال تصرفات الإدارة لمخالفة التزاماتها التعاقدية أمام القاضي، فإن هذا الأخير، يقوم بتفحص ملف القضية وإذا تأكد من وجود أي تصرف من تصرفات الإدارة المنافية لبنود العقد، له أن يقضي ببطلان التصرفات التي تقوم بها الإدارة مخالفة للبنود العقد.

1-أنظر سعيد سليماني، المرجع السابق، ص12 .

-سلطة الحكم بفسخ العقد :

للقاضي سلطة الحكم بفسخ عقد الصفقة العمومية، في حالة ما إن رفعت أمامه دعوى فسخ الصفقة العمومية من أحد طرفي العقد؛ فله سلطة تقديرية كاملة في موضوع الدعوى .فإن تأكد من وجود أحد أسباب فسخ الصفقة، يحكم بفسخ العقد [1].

-سلطة إلزام الإدارة بالتعويض :

إذا رفعت أمام القاضي دعوى الحصول على مبالغ مالية، له سلطة إلزام الإدارة بالتعويض في الحالات التالية [2]:

*حالة إبطال العقد لتخلف أحد أركانه أو عدم سلامته، يحمل الإدارة مسؤولية غير عقدية، طالما لم يبرم العقد بعد بشكل سليم، وذلك بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي كان عليه تحملها خلال الوقت الذي اعتقد فيه أن العقد كان صحيحا.

*حالة حدوث خطأ من الإدارة يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها، فتلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة التي مفادها كل من سبب ضررا للغير وجب تعويضه.

*حالة قيام المتعاقد بأعمال غير مطلوبة أصلا في العقد ولكنها لازمة ومفيدة للإدارة.

*حالة تعرض المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد لصعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة.

*حالة إخلال توازنه المالي سواء بفعل الإدارة أو لأسباب خارجية عن إرادة الإدارة كالكوارث الطبيعية.

1- أنظر نفس المرجع، ص13 .

2- أنظر نفس المرجع، ص 13 و14 .

ففي كل هذه الحالات، يمكن للقاضي الإداري، متى تأكد من وجود الضرر و لو كان لأسباب خارجة عن قصد الإدارة أن يحكم ضد هذه الأخيرة بالتعويض، وله سلطة تقدير كاملة في تقدير نسبة التعويض[1].

خامسا: أثر دعوى القضاء الكامل على نزاع الصفقة العمومية:

يترتب على دعاوى القضاء الكامل أحكام و قرارات قضائية ، يهدف أغلبها إلى حماية حقوق والتزامات أطراف عقد الصفقة العمومية؛ مما يؤدي بالضرورة إلى نهاية النزاعات

التي طرأت على الصفقة العمومية في مجال القضاء الكامل .وهذا يؤدي في الأخير إلى حماية الصفقة العمومية قضائيا من أي انزلاق يصيبها.

تجدر الإشارة، أن القاضي الإداري، يمكن له الاستعانة بكافة الوسائل القانونية التي تمكنه من التطبيق السليم للقانون؛ ومن بين هذه الوسائل الاستعانة بالخبرة في مجال الصفقات العمومية أو الاستعانة بمحاضر و تقارير لجان الصفقات العمومية وغيرها من الوسائل.

1- أنظر سعيد سليماني، المرجع السابق، ص14.

المبحث الثاني:اختصاص القاضي العادي بالفصل في منازعات الصفقات العمومية

للقاضي العادي دور في تسوية بعض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، فهناك بعض منها لا تؤول للقاضي الإداري و إنما تؤول للقاضي العادي المتمثل في القاضي المدني و القاضي التجاري ، فإذا كان نزاع صفقة عمومية ما يكيف بأنه نزاع عادي ، فيؤول اختصاصه إلى القاضي العادي ، و يطبق عليه القانون الخاص ، و لمعرفة دور القاضي العادي في تسوية

منازعات الصفقات العمومية، سنقوم بتحديد طبيعة اختصاص القاضي العادي في تسوية منازعات الصفقات العمومية و مجالات اختصاصه

المطلب الأول : طبيعة اختصاص القاضي العادي في تسوية منازعات الصفقات العمومية

يختص القاضي العادي في تسوية بعض النزاعات المتعلقة بالصفقات التي يبفها القاضي بأنها نزاع عادي ، حيث يتحدد اختصاصه بحكم طبيعة هذه النزاعات في حد ذاتها وذلك باعتبارها من المسائل الفرعية في نزاعات بين المتعامل المتعاقد و المتعامل في صفقته عمومية ، كما يمكن أن يحدد اختصاصه أيضا عن طريق الاجتهاد القضائي

الفرع الأول : تحديد اختصاص القاضي العادي (العدلي) في نزاعات الصفقات العمومية :

يتخذ اختصاص القاضي العدلي في النظر في بعض الصفقات العمومية كالتالي :

-يتحدد اختصاص القاضي العادي في النظر في بعض النزاعات الصفقات العمومية بحكم طبيعة هذه النزاعات بحكم ذاتها.

-يتحدد اختصاص القاضي العادي في النظر في بعض النزاعات الصفقات العمومية عن طريق اجتهاد قضائي معين.

الفرع الثاني: توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية العادية المختصة في نزاعات الصفقات العمومية المختصة فيها:

لقد حدد القانون توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية العادية وذلك عن طريق المحاكم كجهة قضائية ذات الولاية العامة للفصل في النزاعات العادية ، حيث تعتبر المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ، و هي تفصل في جميع القضايا لاسيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا[1]

وطبقا للمادة 34 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فان المجلس القاضي يختص بالفصل في استئناف الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى و في جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا و بالتالي فان الأحكام الصادرة عن المحاكم المختصة بالصف

المطلب الثاني : مجال اختصاص القاضي العادي في نزاعات الصفقات العمومية

هناك بعض النزاعات التي تنجم على الصفقات العمومية تتميز بطابعها المدني أو التجاري التي تؤول الاختصاص القاضي العدلي ثم تحديد أنواع الدعاوى التي ترفع من جراء هذه النزاعات أمام القضاء العادي .

الفرع الأول: صور نزاعات الصفقات العمومية التي تؤول الاختصاص للقاضي العادي :

يختص القاضي العادي في نزاعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية غير المؤسسات العمومية الإدارية المذكورة من المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 عندما تكلف بانجاز عملية ممولة ذاتيا من ميزانيتها الخاصة كما هناك النزاعات ناتجة عن التعاقدات في باطن الصفقة العمومية و هي عبارة عن عقود خاصة بين المستعمل الرئيسي و المتعامل الثانوي في إطار تنفيذ صفقة عمومية .

1- أنظر المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

كما تعتبر النزاعات التي تنشأ في صفقة عمومية مبرمة بين مؤسستين خاصتين بنزاعات عادية تؤول إلى اختصاص القاضي العادي من النزاعات الناتجة عن تنفيذ صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص .

الفرع الثاني: أنواع الدعاوى المرفوعة أمام القضاء العادي (العدلي) في إطار الصفقات العمومية

من أهم الدعاوى المرفوعة أمام القاضي العادي (العدلي) نجد دعوى بطلان العقد و يكون بسبب عيب موجود في تكوينه و تطبق عليه القواعد العامة للبطلان العقود كما هناك دعوى يستهدف من خلالها طلب التعويض من الطرف الآخر في العقد بسبب إخلاله بالتزاماته بالإضافة إلى دعوى فسخ العقد وهي دعوى يرفعها أحد طرفي العقد أمام القاضي العادي يطلب من خلالها فسخ العقد بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزاماته[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك دور ثانوي لجهات قضائية أو شبه قضائية في تسوية منازعات الصفقات العمومية و يتعلق الأمر بمحكمة التنازع، مجلس المحاسبة، مجلس المنافسة، ولهذه الهيئات دور غير مباشر في تسوية بعض نزاعات الصفقات العمومية.

1- لمزيد من التفصيل حول عقد المقاولة الفرعية ، أنظر توفيق زيداني ، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة المجستير في القانون ، كلية الحقوق جامعة باتنة 2010ص123.

خلاصة الفصل الثاني :

إن القضاء الإداري له دور مهم في تسوية منازعات الصفقات العمومية بالنظر لما يحمله من ضمانات لحماية حقوق المتعهد أو المتعامل المتعاقد من أخطاء و تعسف المصلحة المتعاقدة ، اذ انه يختص بالنظر في دعوى الإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إذا شابها عيب عدم الاختصاص أو السبب .فضلا عن نظرة في دعوى القضاء الكامل قصد إبطال عقد صفقة أو فسخه .

إن اللجوء إلى القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية يحقق ضمانات تتعلق بالحجية التي يحوزها الحكم و القرار الذي يصدره ، و كذا قدرة القضاء على فرض غرامات تهديدية على الإدارة من اجل تنفيذه ، و إقرار الطعن العادية و غير العادية مما يبرز ان القاضي في المنازعات الإدارية هو قاضي إداري ليس قاضي إدارة .

خاتمة

خاتمة:

لقد أعطى المشرع الجزائري أهمية بالغة للصفقات العمومية من خلال مختلف التعديلات التي نص عليها ففي المادة الثانية من المرسوم 15-247 عرف الصفقة العمومية بأنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات ".

من خلال دراستنا لموضوع الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15/ 247 نستنتج جملة من النتائج هي:

- أن منازعات الصفقات العمومية مفهوم مستقل عن مفاهيم أخرى.

-إن الصفقات العمومية التي تكون المصلحة المتعاقدة فيها الدولة و الجماعات الإقليمية هي من اختصاص القاضي الإداري ليس لأنها صفقات عمومية و لكن لان احد أطرافها هو شخص معنوي عام و المحدد في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- أن الصفقات التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة فيها مؤسسة عمومية خاضعة للقانون التجاري حينما تكلف بانجاز مشاريع ممولة كليا أو جزئيا بصورة نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة او الجماعات الإقليمية هي من اختصاص القضاء العادي تطبيقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

- إن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية واضحة في اعتمادها المعيار العضوي

- إن نزاعات الصفقات العمومية تنقسم إلى نوعين أساسيين هما : النزاعات الناشئة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية و النزاعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية .

- أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام جاء خال من أي إشارة إلى اختصاص القاضي الإداري .

-أن الصفقات العمومية طبقا للمرسوم 15-247 في نص المادة 2 منه ليست في مجملها عقودا إدارية ، فطبيعة النزاع تتحدد بالنظر في طبيعة أطرافها .

- أن المشرع الجزائري اعتمد على نفس المعايير في إعداد الصفقات العمومية ففي المعيار المالي تم رفع العتبة المالية إلى 12 مليون دينار جزائري لصفقات الأشغال و اللوازم و 6 ملايين لصفقات الدراسات و الخدمات.

- اما فيما يخص المعيار العضوي فقد تم حذف هيئات كان قد نص عليها المشرع في المراسيم السابقة و يتعلق الأمر بالهيئات الوطنية المستقلة و مراكز البحث و التنمية و المؤسسات ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و الصناعي و التجاري و المؤسسات الاقتصادية المنصوص عليها في المرسوم 236/10.

-إن المشرع عمد على خضوع الإدارة و المتعاقد على حد سواء عند ابرام هذا التعاقد الى المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية و التي أقرها التنظيم كالشفافية و النزاهة ومبدأ المساواة بما يخدم الطرفين ، إلا أنه يتعرض الطرفان المتعاقدان بالرغم من كل هذا الى نشوء المنازعات المختلقة بينهما ، مما يدفع بالإدارة إلى البحث عن حلول لهذه المنازعات بالطرق الودية أولا ، حيث حاول المشرع الجزائري ضبط هذه التسويات فيما يخص المنازعات ، و إعطاءها الحلول اللازمة سواء إداريا أو قضائيا ، حتى لا يكون هناك تعسف أو تعدي على حقوق أحداهما على الآخر ، و أن يلتزم كلا الطرفين بالالتزامات المتفق عليها من خلال دفتر الشروط.

- إن هناك آليات تسوية ودية لتسوية نزاعات الصفقات العمومية ، بعضها نص عليها تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في دور لجان الصفقات العمومية ، و دور المصلحة المتعاقدة ، وبعضها منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، هي الصلح ، الوساطة ، التحكيم .

-إن منازعات الصفقات العمومية الخاضعة للمرسوم الرئاسي 247/15 تؤول للقاضي الإداري ، لأن القاضي الإداري أصبح يتمسك باختصاصه في منازعات الصفقات العمومية بالاعتماد على

معيارين ، المعيار العضوي ، و كذلك المعيار المادي . ومن خلال كل هذا يمكننا أن نستخلص مجموعة من الاقتراحات:

-العمل على تدارك النصوص القانونية الغامضة من خلال صدور التعليمات و القرارات التي تنظم وتفسر الغموض الكامن في النصوص .

-إن غموض النص يدفع الإدارة إلى ارتكاب الخطأ في حق المتعامل المتعاقد مما يدفع إلى نشوء المنازعة بين طرفي العقد و هذا ما يدفع الإدارة للجوء إلى التسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء.

قائمة المراجع

***المراجع باللغة العربية**

*** المؤلفات :**

-1-رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر العاصمة ، 2011.

2--سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2008.

3- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار بغدادي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الرويبة ،2009.

4- فراح مناني ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، عين ميلة ، الجزائر ، 2010

5- قمر عبد الوهاب ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري "دراسة مقارنة " ، دار المعرفة ، الجزائر العاصمة ، 2009.

6- عمر التحيوي محمود السيد ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007.

7- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر العاصمة ، 2011.

8- عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر الطبعة الثالثة ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر العاصمة ، 2009.

9- عمار عوابدي ، النظرية العامة في المنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الأول الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر العاصمة ، 2005.

10- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة،2005 .

11- احمد محيو المنازعات الإدارية الطبعة السادسة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر العاصمة 2005.

*** الأطروحات و مذكرات الماستر**

1- خلف الله كريمة : منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام جامعة قسنطينة 2012-2013

2- عبدلي سهام : دعوى القضاء الكامل مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الإدارة العامة جامعة أم البواقي 2008-2009

3-طيبون حكيم منازعات الصفقات العمومية مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه تخصص دولة و مؤسسات عمومية جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة كلية الحقوق بن عكنون 2012-2013.

***النصوص التشريعية و التنظيمية**

1-الدستور

2- قانون الولاية

3-قانون البلدية

4- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

5- المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 2012/01/18 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 جريدة رسمية عدد 4 .

6- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 58 لسنة 2010.

7- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 52 لسنة 2002.

فهرس الموضوعات

مقدمة	**4-1**
الفصل الاول : الطبيعة القانونية لعقد الصفقة العمومية	**6-5**
المبحث الاول : الصفقة العمومية كعقد اداري	**7**
المطلب الاول : نظرية العقد الإداري في النظرية التقليدية والقانون الجزائري	**8**
الفرع الاول : الصفقة العمومية كعقد إداري في فرنسا ومصر (النظرية التقليدية)	**8**
الفرع الثاني : الصفقة العمومية كعقد اداري في الجزائر	**14**
المطلب الثاني : فكرة العقد الإداري في منازعات الصفقات العمومية	**23**
الفرع الأول : تحديد العناصر التي تجعل الصفقة العمومية عقدا إداريا	**23**
الفرع الثاني : تقدير العناصر التي تجعل الصفقة عقدا إداريا	**25**
المبحث الثاني: الصفقة العمومية كعقد تجاري	**27**
المطلب الأول: تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية والتجارية	**27**
الفرع الأول: تمييز الصفقات العمومية عن العقود المدنية	**27**
الفرع الثاني:التمييز بين الصفقات العمومية عن العقود التجارية	**29**
المطلب الثاني: الصفقة العمومية في المؤسسات الاقتصادية	**30**
الفرع الأول : المعيار العضوي في الصفقة العمومية	**30**
الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة عليه	**34**
الفصل الثاني: الصفقات العمومية بين القاضي الإداري و القاضي العادي	**39-38**
المبحث الأول: اختصاص القاضي الإداري في الصفقات العمومية	**40**
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لاختصاص القاضي الإداري في الصفقات العمومية	**41**
الفرع الأول:تحديد القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات	**42**

العمومية	
الفرع الثاني : القانون الذي يطبقه القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية	50
المطلب الثاني :مجالات اختصاص القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية	54
الفرع الأول:قضاء الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية	54
الفرع الثاني : قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية	57
الفرع الثالث: القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية	62
المبحث الثاني:اختصاص القاضي العادي بالفصل في منازعات الصفقات العمومية	69
المطلب الأول : طبيعة اختصاص القاضي العادي في تسوية منازعات الصفقات العمومية	69
الفرع الأول : تحديد اختصاص القاضي العادي (العدلي) في نزاعات الصفقات العمومية	69
الفرع الثاني: توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية العادية المختصة في نزاعات الصفقات العمومية المختصة فيها:	70
المطلب الثاني : مجال اختصاص القاضي العادي في نزاعات الصفقات العمومية	70
الفرع الأول: صور نزاعات الصفقات العمومية التي تؤول الاختصاص للقاضي العادي	70
الفرع الثاني: أنواع الدعاوى المرفوعة أمام القضاء العادي (العدلي) في	71

إطار الصفقات العمومية	
خاتمة	76-75
قائمة المراجع	79-77
الفهرس	82-80