

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري- تيزي وزو-
كلية الحقوق و العلوم السياسية
مدرسة الدكتوراه للقانون و العلوم السياسية



رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: قانون المنازعات الإدارية

إشراف الأستاذ:

أ/د معاشو عمار

إعداد الطالبة:

شريف سمية

لجنة المناقشة

أ/د محابس شريف، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا.

أ/د معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا و مقرا.

أ/د شكلاط رحمة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة 2016/02/17.

اهداء

إلى سبب وجودي في هذه الحياة،

شكرا، امتنانا و عرفانا أُمي الغالية

إلى والدي الكريم

إلى إخوتي و أخواتي

إلى بنات أخي مروة و ملاك

إلى كل من أحببت في الله

أهدي ثمرة جهدي.

سمية 

كلمة شكر

أشكر الله تعالى الذي بلغني لهذا وما كنت لأبلغه لولا
نعمته وفضله علي.

كما أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى الأستاذ "عمار
معاشو" لقبوله الإشراف على هذه المذكرة وتعهدها
بالتصويب والتصحيح في جميع مراحلها.

فجزاه الله عني كل خير

سمية 

قائمة أهم المختصرات

أولا- أهم المختصرات باللغة العربية :

ج ر ج د ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر).

ثانيا - أهم المختصرات باللغة الفرنسية:

LGDJ : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.

Op, cit : Ouvrage précité cité.

OPU: Office de publications universitaires.

RFDA : Revue française de droit administratif.

RDI : Revue de droit public.

مقدمة

تباشر الإدارة العامة في الدولة نشاطات متعددة من أجل أداء الدور المنوط بها و المتعلق أساسا بالحفاظ على المصالح العامة للمجتمع و تلبية احتياجاته، و في سبيل بلوغ هذه الغاية يظل فرض وقوع الإدارة في تجاوزات أو تعسف قائما، لذلك فرض على هذه الأخيرة عدة أشكال من الرقابات في محاولة لتقويم نشاطها.

تتمثل الرقابات المفروضة على الإدارة في الرقابة الإدارية، الرقابة السياسية و الرقابة القضائية، و بالرغم من تنوع مظاهر و وسائل الرقابة الإدارية و السياسية، تبقى الرقابة القضائية الرقابة الأكثر فعالية في وقف تجاوزات الإدارة، نظرا لتعدد مزاياها المتمثلة في كونها رقابة أصلية تستمد أساسها من الدستور مباشرة، فقد نصت المادة 143 من دستور الجزائر لسنة 1996⁽¹⁾ على أنه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطة الإدارية". كما أن الرقابة القضائية تعد رقابة خارجية و محايدة واسعة النطاق إذ تشمل معظم تصرفات الإدارة، و قد شكلت هذه المزايا ضمانات شجعت الأفراد على اللجوء إليها في كل نزاع مع الإدارة.

أصبح القضاء الإداري بتكريس نظام الازدواجية القضائية في الجزائر مختصا بالرقابة على تصرفات الإدارة المادية منها و القانونية، فبالنسبة للتصرفات المادية فهي الأعمال التي لا تهدف الإدارة من خلالها إلى إحداث أثر قانوني، أما التصرفات القانونية فهي التصرفات

(1)- دستور الجزائر لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، معدل و متمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

التي تهدف إلى إحداث تغيير في المراكز القانونية، تصدر الإدارة تصرفاتها القانونية إما بإرادتها المنفردة و هنا نكون أمام قرار إداري، كما قد يكون التصرف القانوني للإدارة صادرا بتوافق إرادتين و يتعلق الأمر في هذه الحالة بالعقد الإداري.

تعتبر الصفقات العمومية النموذج الأكثر شيوعا للعقود الإدارية و يرجع ذلك لسببين أساسيين، كثرة لجوء الإدارة في الحياة العملية لهذا النوع من العقود، و كون الصفقات العمومية أكثر عقد لقي اهتماما من المشرع، فهو من العقود القليلة المسماة التي حظيت بتنظيم قانوني خاص، فقد عرف التشريع الجزائري أول قانون للصفقات العمومية بموجب الأمر 67-90⁽¹⁾، ثم توالى النصوص القانونية حيث ألغي هذا الأمر و حل محله المرسوم 82-145⁽²⁾ الذي تم إلغائه بصدور المرسوم التنفيذي 91-434⁽³⁾ ثم ألغي و حل محله المرسوم الرئاسي 02-250⁽⁴⁾، الذي استمر به العمل إلى غاية صدور المرسوم الحالي 10-236⁽⁵⁾.

تحتل الصفقات العمومية في الجزائر مكانة مميزة ، ذلك أنه منذ السنوات الأولى للاستقلال إلى يومنا هذا كانت السياسة الاقتصادية و التنموية للدولة الجزائرية تركز على الصفقات العمومية كأداة قانونية لتنفيذ المشاريع و المخططات الحكومية، حيث شملت

(1)- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، صادر في 27 يونيو 1967، (ملغى).

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

(3)- مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، صادر في 11 نوفمبر 1991، معدل، (ملغى).

(4)- مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل، (ملغى).

(5)- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد 14، صادر في 6 مارس 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر عدد 34، صادر في 19 يونيو 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ 18 يناير 2012، ج ر عدد 4، صادر في 26 يناير 2012، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 7 يناير 2013، ج ر عدد 2، صادر في 13 يناير 2013.

الصفقات الوسيطة الأمثل لاستغلال الوفرة المالية التي تعرفها الدولة في فترات ارتفاع أسعار المحروقات، فقد شهدت فترة السبعينات من القرن الماضي ازدهار الصفقات العمومية في الجزائر في صيغة "عقود المفتاح باليد"، ليتكرر الأمر مع بداية الألفية الثالثة حيث بلغت أسعار المحروقات أعلى قيمة لها إذ عرفت الجزائر تحسنا كبيرا في وضعها المالي، فكان التوجه نحو توسيع الإنفاق العام للخروج من الأزمة فشهدت الفترة الممتدة من 2001 إلى 2014 برمجة العديد من المشاريع التي لا يمكن إنجازها إلا باللجوء إلى المتعاملين الخواص وطنيين أو دوليين و بالتالي الارتباط بالصفقات، و هذا من أجل إنشاء بنية تحتية تكون ركيزة لبناء اقتصاد وطني متين. شهدت الصفقات العمومية نتيجة لهذا التوجه تطورا ملحوظا، فلم تعد تلك العقود الإدارية التقليدية البسيطة، تجسد هذا التطور في مظهرين أساسيين:

أولهما: أصبحت الصفقات العمومية من أكبر قنوات صرف الأموال العمومية، يظهر ذلك الأغلفة المالية الضخمة المخصص لها.

ثانيهما: طغيان الجانب الاقتصادي و الاجتماعي على الصفقات العمومية، الأمر الذي كانت له انعكاسات على المنظومة القانونية للصفقات، يظهر ذلك بوضوح من خلال المرسوم الرئاسي 10-236 الذي كرس حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات كمبادئ جوهرية و يجب مراعاتها لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الحفاظ على المال العام.

أثرت مظاهر التطور الذي عرفته الصفقات العمومية بشكل مباشر على رقابة القضاء على منازعاتها، فنظرا لارتبط الصفقات بالخزينة العمومية، فقد أنيط بالقاضي الإداري الرقابة على مدى احترام الإدارة للمبادئ التي تحكم إبرام الصفقات، فأصبح ينتظر منه أن يلعب دورا أساسيا في الرقابة على المال العام بالتأكد من الرشاد في استعمال المبالغ المالية

المخصصة لإنجاز الصفقات، و التأكد من احترام طرق و إجراءات إبرام الصفقات وفقا للنصوص السارية، و استعادة كل متنافس من حظوظه الكاملة في نيل الصفقة، و بشكل عام يتأكد القاضي الإداري من أن إبرام الصفقة يسير وفق الطريق الذي رسمه المشرع لهذه العملية، كل هذا فضلا عن الدور الاعتيادي للقاضي الإداري في الفصل في مختلف المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية.

تعد المنازعة الناشئة عن صفقة عمومية، منازعة إدارية وفقا للمعيار الشكلي المكرس كمعيار أساسي لتحديد الطبيعة الإدارية للمنازعة ، إذ تنص المادة 800 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾ "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 ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

كما حددت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 أشخاص العامة المؤهلة بإبرام صفقات عمومية بنوع من التفصيل. و بالنتيجة يمكن التأكيد على الطابع الإداري لمنازعات الصفقات العمومية و بالتالي انعقاد الاختصاص للقاضي الإداري للنظر و البت فيها.

لكن لابد من الإشارة إلى أن الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية لا تنحصر في رقابة القضاء الإداري، بل إن القاضي العادي يختص بالرقابة على جانب هام من المنازعات التي تثيرها الصفقات العمومية، و يتعلق الأمر باختصاص القاضي الجنائي بالرقابة على جرائم الصفقات العمومية، الذي تأكد منذ صدور الأمر 06-01 المتعلق

(1) - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.¹

بالوقاية من الفساد و مكافحته⁽¹⁾، إلا أن موضوع هذه الدراسة ينحصر الرقابة القضائية الإدارية على المنازعات التي تثيرها الصفقات العمومية.

تعد المواضيع و الإشكالات التي تثيرها الصفقات العمومية على تنوعها، مجالا خصبا للمناقشة و الدراسة، و يرجع ذلك لاجتماع عدة عوامل أهمها:

1-الأهمية العملية للصفقات العمومية، الناتجة عن كثرة لجوء الإدارة للصفقات، و ضرورة متابعة التطور المستمر للمنظومة القانونية للصفقات العمومية مسايرة لهذه الأهمية ، فالمشروع الجزائري قد اهتم بالتنظيم القانوني للصفقات العمومية اهتمام لم يحظي به أي عقد إداري آخر، و لا أدل على ذلك أن النص الساري (المرسوم الرئاسي 10-236) عرف منذ الأشهر لصدوره العديد من التعديلات ، الأمر الذي جعل من الصفقات العمومية كمادة بحث موضوعا متجددا لا يعرف الجمود.

2-عدم وصول القضاء الإداري في الجزائر إلى بلورة اجتهاد قضائي واضح و ثابت للإشكالات التي تثيرها منازعات الصفقات العمومية، فرغم معالجته للعديد من المسائل المرتبة بالصفقات العمومية من خلال القضايا التي عرضت عليه، غير أنه على عكس القضاء الإداري في فرنسا و مصر لم تعرف العديد الإشكالات التي تثيرها الصفقات العمومية موقفا واضحا للقضاء الإداري، و هو ما يدعو إلى تسليط الضوء على هذه المسائل إما بمحاولة تحليل النصوص القانونية أو الاطلاع على ما توصلت إليه الأنظمة القضائية المقارنة.

رغم ذلك يبقى نقص أو غياب أو تردد الاجتهاد القضائي في مادة الصفقات العمومية عائقا يواجه أية دراسة في هذا المجال، إذ يصعب في كثير من الأحيان تحديد موقف ثابت

(1) - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر عدد 14 الصادر في 08 مارس سنة 2006، معدل و متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، صادر في 1 سبتمبر 2010.

للقضاء في مسائل جوهرية، يرجع السبب في تقديرنا لغياب الوعي القانوني اللازم لدي المتعاملين و بالتالي عدم اللجوء إلى القضاء، و لعدم اتخاذ القضاء الإداري قرارات تتسم بالتوسع في تفسير القانون في مواجه سلطة الإدارة و التي من شأنها تشجيع المتعاملين على اللجوء إلى القضاء، يضاف إلى هذين السببين عدم وجود إستراتيجية واضحة و فعالة لنشر الأحكام القضائية و الأمر الذي يعيق توحيد الاجتهاد القضائي.

هذه الصعوبات تؤكد أهمية تناول الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية بالبحث و الدراسة، و الإشكالية التي يطرحها هذا البحث تدور حول: **طبيعة ونطاق رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية.**

تتطلب خصوصية الموضوع المتمثلة في ارتباطه بجوانب نظرية بحتة و أخرى عملية، اللجوء إلى عدة مناهج قانونية بدأ بالمنهج الوصفي الذي كان المنهج الملائم لإبراز أهم جوانب النظرية العامة للعقود الإدارية، أما دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية فقد تطلب اللجوء إلى المنهج التحليلي، و كما كان من الضروري استخدام المنهج المقارن للاطلاع على النصوص القانونية المقارنة و معرفة ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الأنظمة القضائية المقارنة، و للوقوف على تطور المنظومة القانونية للصفقات العمومية في الجزائر، فضلا عن إتباع المنهج التاريخي لإبراز التطور الذي عرفه الاجتهاد القضائي في مجال منازعات الصفقات العمومية.

إن دراسة موضوع رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية تقتضي التطرق إلى مسألتين: رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية (الفصل الأول)، و كذا رقابته على منازعات تنفيذها (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الرقابة على منازعات إبرام الصفقات العمومية

تمر العقود الإدارية بمرحلة أولية هي مرحلة الإبرام، تتميز هذه المرحلة في مجال الصفقات العمومية -كإحدى أهم نماذج العقود الإدارية- بأهمية خاصة و مميزة، فبالنظر إلى أهمية الصفقات بمختلف جوانبها الاقتصادية و الاجتماعية، فقد أحاط المرسوم الرئاسي 10-236 عملية إبرامها بالعديد من القيود و الإجراءات، إذ ألفت المادة الثالثة من المرسوم على المصلحة المتعاقدة التزاما عاما بضرورة مراعاة عند إبرام كل صفقة مبادئ: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المتنافسين و شفافية الإجراءات.

لا تتمتع المصلحة المتعاقدة بنفس القدر من الحرية التي يتمتع بها الأفراد العاديون في إبرام عقودهم، فهي ملزمة بإتباع الطرق و الإجراءات التي ينص عليها القانون، و بأن تتم عملية إبرام الصفقة العمومية في جو من الشفافية يضمن حماية المال العام و المساواة التامة بين المتنافسين.

تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراءات إبرام الصفقة باستخدام تصرفات قانونية انفرادية، أي أنها تلجأ إلى أسلوب إصدار القرارات الإدارية و بالتالي فإن رقابة القاضي الإداري على منازعات مرحلة إبرام الصفقة هي في جوهرها، رقابة على قرارات إدارية.

عرفت رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية، تدرجا في أحكام القضاء الإداري و لم يتم بلورة مبادئها إلا في مرحلة متأخرة، فقد كان القضاء الإداري في بادئ الأمر ينظر إلى العقد الإداري ككل لا يتجزأ فرفض فصل القرارات المتعلقة بإبرام العقد عن العملية العقدية الكلية لأنه اعتبرها جزءا منها، الأمر الذي رتب نتائج

مباشرة على طبيعة الرقابة القضائية على منازعات هذه التصرفات، حيث اعتبرت منازعات شخصية تخضع لرقابة قاضي العقد، (أي رقابة القضاء الكامل)، و في مراحل متقدمة تراجع القضاء الإداري عن موقفه السابق و أصبح ينظر إلى هذه القرارات ككيان مستقل عن الصفقة، حدث هذا التطور في موقف القضاء بإعمال نظرية قضائية هي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و هي آلية سمحت بفصل قرارات الإبرام عن الصفقة نفسها فأصبحت تسمى بالقرارات المنفصلة (المبحث الأول)، و بالتالي إمكانية مباشرة رقابة قضائية تتلاءم مع الطبيعة الحقيقية لهذه التصرفات أي رقابة على القرارات الإدارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة

اتبع القضاء الإداري الفرنسي لتحديد طبيعة الرقابة على منازعات إبرام العقود الإدارية منهج تركيبى أي نظرية الإدماج، التي تقتضي أن كل عقد إداري هو وحدة قانونية واحدة غير قابلة للتجزئة، لذلك فكل قرار إداري تصدره الإدارة المتعاقدة يتعلق بالعقد يندمج فيه، فيفقد ذاتيته، و يدخل الاختصاص بنظر منازعاته ضمن الاختصاص الكلي لقاضي العقد.

تم تبرير هذا المنهج بحجتين:

حجة الدعوى الموازية : مفادها أنه لا تقبل دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري إذا كان المدعى يملك دعوى قضائية أخرى تكون لها نفس الفعالية و تسمح له بالدفاع عن نفس مصالحه⁽¹⁾، إذ تعتبر دعوى الإلغاء دعوى احتياطية، لا يتم اللجوء إليها إلا عندما لا يجد الطاعن أي طريق طعن آخر⁽²⁾، و بذلك لا يمكن أن ينظر في منازعات العقد الإداري إلا قاضي العقد.

حجة احترام قاعدة الحقوق المكتسبة: تقتضى هذه الحجة أنه بمجرد اكتمال العقد و تشكل كيانه القانوني بصورة نهائية، فإنه تولد عنه حقوق مكتسبة لطرفي العقد و أن أي مساس بالقرارات التي ساهمت في تكوين العقد يؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة.

تعرض موقف مجلس الدولة الفرنسي إلى انتقاد الفقه، ذلك أن الحجج التي استند عليها هي حجج واهية تقوم على اعتبارات ظرفية و غير صحيحة. فبالنسبة لحجة اشتراط انتفاء الدعوى الموازية فإنه شرط لا وجود له في الحقيقة، فلا وجود لدعوى موازية وفقا للشروط التي وضعها مجلس الدولة لتحديد هذه الدعوى. كما يعد اشتراط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء

(1)- DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, 6^{em} édition, DALLOZ, PARIS, 1994, p 580.

(2)- Ibid, p 580.

حجة ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لأسباب عملية بحتة⁽¹⁾، أما بالنسبة لحجة عدم المساس بالحقوق المكتسبة فلا تتأثر الحقوق الشخصية المكتسبة من العقد الإداري بإلغاء القرارات التي بني عليها، لأن إلغاء القرار الإداري لا يؤدي إلى سقوط العقد، إذ يبقى العقد قائماً ومنتجا لآثاره.

بدأ مجلس الدولة الفرنسي -تحت وطأة هذه الانتقادات- يتراجع تدريجياً عن التمسك بمنهجه التركيبي إلى أن توصل إلى إحداث نظرية متكاملة هي نظرية القرارات المنفصلة، وفقاً لهذه النظرية، قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء الموجهة ضد كل قرار إداري مرتبط بتكوين عقد إداري طالما أمكن النظر إلى هذا القرار كجزء منفصل عن العقد⁽²⁾.

بإعمال هذه النظرية يمكن تحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري (المطلب الأول)، وكذا تحديد أنواع هذه القرارات المنفصلة في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تحديد القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية

⁽¹⁾ - Voir : DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op cit, p 580-583.

⁽²⁾ - PEISER Gustave, Contentieux administratif, 10^e édition, DALLOZ, PARIS, 1997, p 158.

تقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلي نوعين، قرارات إدارية بسيطة، و هي القرارات التي تصدر بصفة مستقلة قائمة بذاتها و غير مرتبطة بعمل آخر و تشكل أغلب القرارات الإدارية، و قرارات إدارية مركبة أو ما يسمى بالأعمال المختلطة، و هي القرارات الإدارية التي تصاحب أعمالا إدارية أخرى قد تكون سابقة على صدور القرار أو معاصرة له أو لاحقة لصدوره مع وجود صلة ارتباط بينهما، و تعد القرارات المصاحبة لعملية إبرام العقود الإدارية من أبرز أمثلة هذه القرارات.

يقتضي المنهج التحليلي وجوب تمييز القرارات الإدارية الصادر عن الإدارة المتعاقدة عن العملية العقدية الكلية، و إذا كانت عملية الفصل تبدو بسيطة بالنسبة لبعض القرارات، إلا أنها تمتاز بالدقة في حالات أخرى، لذلك وضع الفقه العديد من المحاولات لتعريف القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الأول)، كما قام ببلورة المعايير التي اعتمدها القضاء لتحديد قابلية القرار للانفصال عن العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف القرارات المنفصلة

تعددت محاولات الفقه لتعريف القرار المنفصل، فنجد الأستاذ محمد "سليمان الطماوي" يعرف القرار المنفصل على أنه: "قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه"⁽¹⁾

أما الأستاذ "كمال حشيش" فيعرف القرارات المنفصلة بأنها: "قرارات تكون جزءا من بنيان عملية قانونية، تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة، أو تخرج

(1) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة) ط 05، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 208.

عن اختصاص أية جهة قضائية و لكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، و يقبل الطعن فيها بالإلغاء على انفراد"⁽¹⁾.

و يرى الأستاذ "جورجي شفيق ساري" أن القرارات المنفصلة هي: " عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها -أو السلطات العامة بصورة عامة- في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات، لتمثل على حدا قرارات قائمة بذاتها و صالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل و نهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية و دون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية"⁽²⁾.

من جانبه عرف الدكتور "محمد كامل ليله" القرارات المنفصلة بأنها: " القرارات الإدارية من جانب واحد، الداخلة في العقد، و لكن يمكن فصلها عنه و النظر إليها على استقلال، و يجوز على هذا الأساس الطعن فيها بدعوى الإلغاء مباشرة"⁽³⁾.

أما الأستاذ "عمار عوابدي" فيعرف القرارات المنفصلة على أنها: "القرارات الإدارية التي لا تصدر قائمة بذاتها و مستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة و مصاحبة لأعمال إدارية أخرى فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبطة به"⁽⁴⁾.

كما يعرفها الأستاذ "عمار بوضياف": "هي القرارات التي تصاحب أعمالا إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره مع وجود صلة ارتباط بينهما"⁽¹⁾.

(1) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 17-18.

(2) - المرجع نفسه، ص 18.

(3) - المرجع نفسه.

(4) - عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومه، الجزائر، 1999، ص 93.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري من مسألة تعريف القرارات المنفصلة، فإن القضاء عموماً لا يميل إلى وضع التعاريف على اعتبار أنها وظيفة الفقه، و رغم ذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد وضعت تعريفاً للقرارات المنفصلة بمناسبة صدور حكمها المؤرخ في 05 أبريل 1975، جاء في هذا الحكم أنه: "ينبغي التمييز في مقام التكييف بين ما إذا كانت القرارات مكونة للعقد أو تهياً لميلاده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري و مقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين و اللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون مثل هذه القرارات و إن كانت يساهم في تكوين العقد و تستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً و تتفصل عنه، و من ثمة يجوز لدى الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً... "(2).

على ضوء التعاريف السابقة، يمكننا تعريف القرارات الإدارية المنفصل عن الصفة العمومية على أنها: القرارات الإدارية التي تتخذ بمناسبة إبرام صفة عمومية، تهدف للتمهيد لإبرام الصفة أو لإبرامها أو عدم إبرامها، تصدر هذه القرارات عن المصلحة المتعاقدة نفسها أو عن الجهة التي حولها القانون سلطة إصدارها، تكون هذه القرارات رغم صلتها بالصفة، قائمة بذاتها و قابلة لإحداث آثار قانونية منفصلة عنها، فتقبل الطعن فيها استقلالاً أمام قاضي تجاوز السلطة.

الفرع الثاني:

معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة

(1) - بوضياف عمار، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية مدعمة بأحدث القرارات القضائية، جسر، الجزائر، 2009، ص 60.

(2) - على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، نظرية العقود الإدارية - صيغ الدعوى الإدارية، ج 4، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، د ت ن، ص 71.

إذا كان القضاء الإداري وسع نطاق رقابة المشروعية المفروضة على عمل الإدارة ليمتد إلى رقابة القرارات التي يمكن فصلها عن العقد الإداري، إلا أن الإشكال هو متى يعتبر القرار الصادر في إطار عملية عقدية منفصلا عنها؟ أي ما هي المعايير التي يستند إليها القاضي الإداري ليقرر ما إذا كان القرار الإداري المرتبط بعقد منفصلا أم متصلا به؟

حدد الفقه على ضوء أحكام مجلس الدولة الفرنسي المعايير المعتمدة لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري و تتمثل في المعيار الشخصي (الذاتي)، و المعيار المادي (الموضوعي).

أولاً- المعيار الذاتي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة

يقوم المعيار الذاتي أو الشخصي على أساس الاعتبار الشخصي و الصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة⁽¹⁾، فالقرار المنفصل وفقا للمعيار الشخصي هو القرار الذي لا يملك المدعي أي طريق للطعن فيه غير دعوى الإلغاء، فهذا المعيار يستند إلى فكرة الدعوى الموازية⁽²⁾.

يشتمل المعيار الذاتي على عدة عناصر منها عنصر صفة الغير بالنسبة للعقد، عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق و المراكز القانونية أمام القضاء الإداري إلا بواسطة الطعن بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، عنصر استعمال دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الغير مشروعة أمام قاضي الإلغاء أصلح و أفيد لرافعها في حماية حقوقه أكثر من استعمال دعوى القضاء الكامل في منازعات العقد الإداري⁽³⁾.

(1) - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، ج 2، ط 3، د م ج، الجزائر، 2004، ص 442.

(2) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2014، ص 172.

(3) - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري...، مرجع سابق، ص 442.

طبق القضاء الإداري الفرنسي المعيار الشخصي الذاتي لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في عدة أحكام، أهمها حكمه الشهير الصادر بتاريخ 05 أوت 1905 في قضية مارتين⁽¹⁾ (MARTIN)، حيث اعتبر أن مداوات المجلس العام غير مشروعة بسبب مخالفتها لركن الشكل و الإجراءات التي تقوم عليها القرارات الإدارية، فقبل المجلس دعوى الإلغاء بسبب عدم شرعية هذه المداوات إذ تمثل إخلالا بقاعدة إجرائية، لأن مدير المقاطعة لم يخطر أعضاء المجلس بموضوع المداولة قبل ثلاثة أيام كما هو مقرر في القانون⁽²⁾.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرارا منفصلا وفقا للمعيار الشخصي، اللائحة العامة التي ترمي إلى إلغاء عقد إداري، فأجاز للطرف المتضرر من هذه اللائحة أن يطعن فيها بالإلغاء رغم اتصال هذه اللائحة بالعملية العقدية.

ثانيا - المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة

يعتمد المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة على طبيعة و مضمون القرار نفسه بغض النظر عن طبيعة الشخص المخاطب بهذا القرار، ففي مجموعة من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي بين سنتي 1903 و 1906، اعتبر أن كل قرار إداري لا يتعلق ببند العقد و اشتراطاته يعد قرارا منفصلا عن العقد⁽³⁾.

يتألف المعيار الموضوعي من عدة عناصر مادية، ظهرت بصورة متدرجة ضمن تطبيقات القضاء الإداري تتمثل هذه العناصر في:

1- عنصر مدى أهمية دور القرار الإداري في تكوين و وجود العقد الإداري، و يعتمد هذا العنصر على تقدير ما إذا كان القرار الإداري جزءا أساسيا و جوهريا في عملية تكوين العقد

(1) - VOIR : RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 2^e édition, LGDJ, PARIS, 1999, p 160.

(2) - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري...، المرجع السابق، ص 443.

(3) - DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op cit, p 583.

الإداري، فإذا كان القرار الإداري جزءاً لا يتجزأ من العقد الإداري، فإن هذا القرار يكون قرار إداري مركب غير منفصل، أما إذا كانت مكانة و وظيفة القرار غير جوهرية في تكوين العقد و وجوده بل هو جزء مساعد، فإن هذا القرار يشكل قراراً إدارياً منفصلاً⁽¹⁾.

تطبيقاً للمعيار الموضوعي، اعتبر القضاء الإداري القرارات التمهيديّة و السابقة لعملية إبرام عقد إداري، كقرارات وضع شروط المناقصات و المزايدات و الإعلان عنها و قرارات الترخيص للهيئات و السلطات الإدارية بالتعاقد و قرارات إرساء الصفقات، قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن في عدم مشروعيتها استقلالاً عن العقد.

بالمقابل فإن القرارات الإدارية المتصلة بالعملية العقدية و الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري أي القرارات المساهمة في تنفيذ العقد، هي قرارات إدارية متصلة بالعقد و ليست منفصلة عنه. و هو ما يؤكده قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة "هيتزل" «Sté. Hétzel»، إذ اعتبرت المحكمة القرارات التي تهدف إلى ضمان حسن تنفيذ صفقة الأشغال العامة، قرارات إدارية متصلة و غير منفصلة، فرفضت دعوى الإلغاء المقدمة من شركة "هيتزل" لعدم قابليتها للانفصال عن صفقة الأشغال العامة⁽²⁾.

2 - عنصر مدى ملائمة و أفضلية دعوى الإلغاء لرافعها مقارنة بدعوى القضاء الكامل من حيث درجة الفعالية في تحقيق حماية جدية للحقوق و مصالح رافع دعوى الإلغاء و من حيث سهولة إجراءات التقاضي.

3 - عنصر نوعية القرارات الإدارية، إذ يعتبر القضاء الإداري القرارات العامة و اللوائح الإدارية المركبة دائماً قرارات إدارية منفصلة، على اعتبار أنها قرارات إدارية عامة و مجردة تتعلق بمراكز قانونية عامة من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء للمراكز.

(1) - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري...، مرجع سابق، ص 446.

(2) - المرجع نفسه، ص 463-464.

4- عنصر الاختصاص القضائي، إذ أن القرار المنفصل هو قرار إداري، و على غرار أي قرار إداري آخر يعود الاختصاص بالنظر في منازعاته إلى جهة القضاء الإداري على اعتباره من أهم وسائل النشاط الإداري، بذلك فإن اختصاص القضاء الإداري أو عدم اختصاص القضاء العادي هو أحد عناصر تحديد القرار المنفصل.

مما سبق، فقد انطلقت القرارات الإدارية المنفصلة من مفهوم تقليدي يجسده المعيار الشخصي المتأثر بفكرة الدعوى الموازية، ثم تطور هذا المفهوم بظهور معيار موضوعي، يقوم على عناصر مغايرة تماما ، غير أن بعض الفقه انتقد لجوء القضاء إلى اعتماد معايير محددة لتحديد القرارات المنفصلة، على اعتبار أن تقدير مدى قابلية القرار الإداري للانفصال عن العقد هي من اعتبارات الملائمة التي يعود أمر تقديرها للقاضي، و في هذا الشأن يقول مفوض الدولة "لابيتول" «LABETOULLE» أنه: "لا توجد أعمال بروحيتها منفصلة أو غير منفصلة بل توجد أعمال يقوم القاضي إما بفصلها أو عدم فصلها"⁽¹⁾.

الحقيقة أن سلبيات وضع المعيارين الذاتي و الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة، تتعدى كونها تنفي الدور الإنشائي للقاضي الإداري، بل إن وضع المعيارين أدى إلى استبعاد بعض تصرفات المصلحة المتعاقدة من دائرة القرارات المنفصلة، و بالتالي عدم إمكانية الطعن فيها استقلالا، يتعلق الأمر على الخصوص بقرارات فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد، فرغم أنها قرارات إدارية كاملة الخصائص، و هو ما أكدته العديد من أحكام القضاء الإداري، إلا أن اعتبار هذه القرارات غير منفصلة ذاتيا أو موضوعيا عن العقد، أدى إلى بقاء رقابة منازعاتها ضمن اختصاص قاضي العقد و بالتالي عدم خضوعها للرقابة الأصلية التي تفرض على منازعات القرارات الإدارية .

المطلب الثاني:

(1) - معاليقي فاروق محمد ، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 186.

أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية

بالرجوع إلى نصوص المرسوم الرئاسي 10-236، يمكن استخلاص العديد من التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة و التي يمكن تكييفها بكونها قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة العمومية وفقا أحد المعيارين الذاتي أو الموضوعي أو كلاهما، غير أن الملاحظ أن المشرع و بالنسبة لأغلب هذه القرارات، لا يشير إليها صراحة على أنها قرارات إدارية منفصلة، و لذلك لا بد من تحليل مواد المرسوم الرئاسي 10-236 و بعض النصوص التطبيقية له للوصول إلى تحديد هذه القرارات.

وفقا لدور القرار المنفصل في عملية تكوين الصفقة، يمكن التمييز بين طائفتين من القرارات المنفصلة، القرارات الممهدة لإبرام الصفقة (الفرع الأول)، و القرارات المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

القرارات الممهدة لإبرام الصفقة

تتدرج ضمن طائفة القرارات الممهدة لإبرام الصفقة كل من، القرارات المتعلقة بالاستبعاد المشاركة في المنافسة المتعلقة بالصفقات (أولا)، قرار الإعلان عن الصفقة (ثانيا)، و قرار المنح المؤقت لها (ثالثا).

أولا- قرار الاستبعاد من المشاركة في المناقصة

يعتبر القضاء الإداري القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بهدف منع شخص طبيعي أو معنوي من المشاركة في المنافسة القائمة في إطار صفقة عمومية، قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة⁽¹⁾.

يتميز المرسوم 10-236 بين نوعين من قرارات الاستبعاد: قرار رفض العرض المقدم، و قرار إقصاء أو منع متعامل من المشاركة في الصفقات.

1- قرار رفض العرض المقدم

يعد قرار المصلحة المتعاقدة برفض عطاء مقدم من متعهد ما، قرار موضوعيا، فهو قرار لا يوجه إلى شخص مقدم العطاء، بل ينصب على العرض نفسه لعدم استيفائه الشروط التي يتطلبها المرسوم 10-236 لصحة العرض، و يعد من أهم أسباب رفض العرض:

1- حالة العرض غير المستوفي لشروط تقديمه: و تتمثل هذه الشروط في :

شروط الآجال (أي حالة إيداع عرض خارج الآجال المحدد لذلك)، الشرط المتعلق بطريقة إيداع العروض و مكان إيداعها، و الشروط المتعلقة بشكل و مضمون التعهدات⁽²⁾.

2- حالة العروض التي لا تستوفي متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية أو النجاعة المتعين بلوغها و المنصوص عليها في دفاتر الشروط، و هذا في حالة إبرام المناقصة بطريق الاستشارة الانتقائية⁽³⁾.

3- حالة رفض العرض بناء على اقتراح لجنة تقييم العروض لإحدى السببين:

(1) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op cit, p 159.

(2) - حددت المادة 51 من المرسوم 10-236 هذه الشروط، فوفقا لهذه المادة يجب أن يوضع كل من العرض التقني و العرض المالي في ظرف منفصل و مقفل و مختوم يبين كل منهما مرجع المناقصة و موضوعها، يتضمن الطرفان عبارة "تقني" أو "مالي"، حسب الحالة، يوضع الطرفان في ظرف آخر مقفل و يحمل عبارة " لا يفتح - مناقصة رقم... - موضوع المناقصة، كما يجب أن يتضمن كل من العرض التقني و المالي الوثائق المحددة في المادة 51.

(3) - أنظر المادة 32 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- إذا ثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو أنه يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

- إذا كان العرض المالي للمتعامل المختار، يبدوا منخفضا بشكل غير عادي⁽¹⁾.

4- حالة العرض المقدم من متعهد أجنبي إذا لم يتضمن التزاما بتلبية شرط الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون⁽²⁾.

ب- قرار استبعاد متنافس

يعد قرار استبعاد أو إقصاء متنافس، قرارا شخصيا يوجه إلى شخص معين بذاته معنويا كان أو طبيعيا⁽³⁾، يهدف إلى حرمانه من الاشتراك في كافة الصفقات المعلن عنها، و تعتبر من القرارات المنفصلة عن الصفقة.

يتم استبعاد متنافس من المشاركة في الصفقات العمومية في حالتين:

1- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

نصت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236، على أسباب الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، كما أحالت الفقرة الأخيرة منها، تطبيق هذه المادة إلى قرار وزاري يصدره

(1) - أنظر المادة 125 من المرسوم 10-236.

(2) - أنظر المادة 24 من نفس المرسوم.

(4) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، 2010، ص 98.

الوزير المكلف بالمالية، تطبيقاً لهذه الإحالة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011⁽¹⁾، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

فصل المشرع في الأحكام المتعلقة بقرار الإقصاء، ذلك أنه إضافة إلى تحديد حالات الإقصاء و تصنيفها فقد تضمن القرار إجراءات الإقصاء و مدته ونطاق تطبيقه.

ينقسم الإقصاء من الصفقات إلى نوعين، إقصاء مؤقت و إقصاء نهائي⁽²⁾، و ينقسم كل نوع إلى إقصاء تلقائي و إقصاء بمقرر فيتم الإقصاء التلقائي دون حاجة لصدور قرار إداري على عكس الإقصاء بمقرر الذي لا يتم إلا بموجب قرار إداري.

لا يتم إقصاء متعامل اقتصادي بمقرر، سواء كان الإقصاء نهائياً أو مؤقتاً، إلا بصدور قرار الإقصاء و بعد إتباع الإجراءات القانونية، ذلك أن المشرع جعل الإقصاء يتم بعد المرور على عدة إجراءات يشكل كل منها ضماناً لصالح المتعامل الاقتصادي لتجنب تعسف أو تسرع الجهة المختصة في إصدار قرار الإقصاء ضده، تتمثل هذه الضمانات في:

1 - دعوة المصلحة المتعاقدة المتعامل الاقتصادي المعني بالإقصاء، برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام لتقديم ملاحظاته في أجل 10 أيام حول الأفعال المنسوبة إليه، يهدف هذا الإجراء إلى تمكين المتعامل الاقتصادي من استقاء حق الدفاع.

2 - توجيه إلى مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير في حالة الصفقات الوطنية، أو الوالي المعني في حالة الصفقات المحلية، تقريراً مفصلاً يعد استناداً إلى التصريح بالاكنتاب و المعلومات المطلوبة في العرض مرفقاً بالملاحظات التي قدمها المتعامل الاقتصادي بعد دعوته لهذا الغرض، فقد جعل المشرع الاختصاص بإصدار قرار الإقصاء، يعود لهيئة غير المصلحة المتعاقدة، لضمان الحياد في إصدار قرار الإقصاء.

(1) - قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس سنة 2011، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011، ص 33-34.

(2) - حددت حالات الإقصاء المواد: 37، 47 و 8 من القرار الوزاري².

3-قيام مسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، بتبليغ مقرر الإقصاء للمتعامل الاقتصادي المعني، و يجب أن يكون القرار معللا، وأن يبلغ إلى وزير المالية لتسجيله في قائمة المتعاملين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.

حدد المشرع الجزائري آثار قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، منها آثار عامة تنطبق على جميع حالات الإقصاء، و تقتصر بعض الآثار على حالات محددة من حالات الإقصاء، تتمثل هذه الآثار في:

- يسري قرار الإقصاء على كل الصفقات المعلن عنها و تلتزم به كل المصالح المتعاقدة طيلة فترة سريانه، و هو أمر منطقي لأن أسباب إقصاء متعامل اقتصادي من صفقة ما هي أسباب عامة تجعل هذا المتعامل غير جدير بالاشتراك في كل الصفقات.

- يطبق قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية على المتعامل الثانوي في حالة إخلاله بالتزام الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة على اختياره⁽¹⁾.

- في حالة الإقصاء (النهائي أو المؤقت) بمقرر، يسجل المتعامل الاقتصادي في قائمة المتعاملين الاقتصاديين في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين بمقرر من المشاركة في الصفقات العمومية، و هي قائمة تمسكها المصالح المختصة لوزارة المالية، كما ينشر القرار في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و/أو في الموقع الإلكتروني لوزارة المالية و يعد هذا الأثر إجراء ردعي هام لما له من تأثير سلبي على سمعة المتعامل.

يلاحظ عدم إشارة المشرع إلى إمكانية لجوء المتعامل المقصى إلى القضاء الإداري للطعن في قرار الإقصاء، و في ظل غياب نص صريح يمكن اللجوء إلى ما استقر عليه القضاء المقارن

(1)- تنص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 10-236: " يمكن اللجوء إلى التعامل الثانوي ضمن الشروط الآتية:

...-

-ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما..."

في هذا الشأن، إذ يعتبر قرار الإقصاء من أهم أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة التي قبل القضاء الإداري بالنتيجة الطعن فيها.

2- التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات

العمومية:

يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة في إطار التحضير لعملية إبرام الصفقات التزام عدة، من أبرزها التزامها بتأمين جو صالح لإجراء منافسة حقيقية و نزيهة، هذا الالتزام يفرض عليها، استبعاد أشخاص محددين من الاشتراك في المنافسة، نظرا لثبوت ارتكابهم الغش للحصول على صفقة، بحيث يسجل هؤلاء الأشخاص في قائمة خاصة.

يعتبر التسجيل و السحب من قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، قرار إداريا قائما بذاته لما له من تأثير على المراكز القانونية للأشخاص المعنيين، و هو قرار منفصل عن الصفقة.

نص المرسوم الرئاسي 10-236 على وضع قائمة يسجل فيها الأشخاص ممنوعون من المشاركة في الصفقات العمومية، أما عن الأخطاء التي تبرر تسجيل المتعامل الاقتصادي في هذه القائمة فهي تتعلق بأفعال الغش و الفساد.

وفقا للمادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 يعد التسجيل في القائمة تدبيرا ردعيا لمرتكبي أية: "أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه".

نظرا لخطورة إجراء التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية فإنه لا يتخذ هذا القرار إلا بعد إتباع عدة إجراءات حددها القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011⁽¹⁾ و ذلك حماية لمصلحة المتعامل الاقتصادي المعني.

- عند اكتشاف الأفعال المحددة في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 و المتعلقة بالغش أو الفساد، يقوم مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني قبل الفصل في الوقائع المعروضة عليه، بدعوة المتعامل الاقتصادي المعني عن طريق إرسال رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام، لتقديم ملاحظاته حول الأفعال المنسوبة إليه، في أجل 10 أيام.

- يمنع المتعامل الاقتصادي المعني بصفة مؤقتة من المشاركة في الصفقات العمومية، بموجب مقرر معلل من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني.

- بعد تبليغ المتعامل المعني بقرار التسجيل في القائمة، يفتح أمامه مجال الطعن القضائي، إذ يمكن له اللجوء إلى المحكمة المختصة للطعن ضد قرار التسجيل في القائمة.

نكون في هذه الحالة أمام ثلاثة احتمالات، إما عدم تقديم طعن، إما تقديم طعن و صدور حكم بتأييد مقرر التسجيل في القائمة، أو تقديم الطعن و صدور قرار بإبطال المقرر.

في الحالتين الأولى و الثانية، يقصى المتعامل الاقتصادي بصفة نهائية من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني.

أما في الحالة الثالثة، فيقوم مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بإرسال نسخة من قرار المحكمة إلى وزير المالية لسحب المتعامل الاقتصادي من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات ، كما يبلغ المتعامل المعني بهذا القرار.

(1)- قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011، يحدد كفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011، ص 32.

ثانيا- قرار الإعلان عن الصفقة

يقوم إبرام الصفقة العمومية على مبدأ أساسي هو مبدأ العلنية، يقتضي هذا المبدأ ألا يكون إبرام المناقصة سريا، و يقصد به معرفة كافة بأن الدولة سوف تشتري أو تقوم بشغل عام أو طلب خدمة، فلا تبرم الصفقات في أجواء تشوبها الريبة و يحوم حولها الشك لأن سرية التعاقد تحرم الراغبين في التعاقد من التنافس⁽¹⁾، كما تحرم المصلحة المتعاقدة من تعدد العروض الذي يسمح لها بالمفاضلة بينها و اختيار أحسنها.

بالتالي يجب أن يسبق إبرام الصفقة كأصل دعوى إلى المنافسة⁽²⁾، و ذلك بإيصال خبر رغبة المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة إلى علم كل من تتوفر فيه متطلبات تنفيذ موضوع الصفقة⁽³⁾ لإضفاء الشفافية على العمل الإداري⁽⁴⁾.

يعتبر القضاء الإداري الإعلان عن الصفقة قرارا إداريا منفصلا عن العملية العقدية الكلية، يمثل هذا الإعلان إجراء شكليا جوهريا تلزم المصلحة المتعاقدة باتخاذها في كافة أشكال المناقصة⁽⁵⁾، و يشترط لسلامة قرار الإعلان مراعاة نوعين من شروط، شروط شكلية تتعلق بنشر الإعلان و طرقه، و شروط موضوعية تتعلق بمضمون الإعلان.

1- شكل الإعلان

يتعين على المصلحة المتعاقدة مراعاة الضوابط الإعلان عن الصفقة التي حددها المرسوم 10-236 ضمن المواد من 45 إلى 50، و يمكن تلخيصها في ما يلي:

(1) - الجبوري خلف، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 62.

(2) - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، العدد 2، 2010، ص 75.

(3) - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات الإجراءات الآثار، در الجامعة الجديدة، 2006، ص 118.

(4) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 36.

(5) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط 3، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 146.

1- طرق الإعلان: و هي الإشهار بنوعيه، الصحفي أو المحلى حسب الحالة، و النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

- الإشهار الصحفي: أكدت المادة 45 بصرامة، التزام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة عن طريق الإشهار الصحفي باعتباره إجراء إلزامي في حالات : المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الدعوى للانتقاء الأولي، المسابقة، المزيدة، و يتم الإشهار على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

-الإشهار المحلى: وفقا للمادة 49، يمكن اللجوء إلى الإشهار المحلى لإعلان مناقصات الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.

-النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي(ن ر ص م ع): و هو إجراء إجباري وفقا للمادة 49 من المرسوم 10-236 و المادة الثالثة من المرسوم 84-116⁽¹⁾.

2- لغة الإعلان: يحزر إعلان المناقصة وفقا للمادة 49 باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل.

3- بيانات الإعلان: حتى لا يكون إشهار الصفقة العمومية مجرد إجراء صوري تقوم به المصلحة المتعاقدة، فقد قيدها المشرع ببيانات إجبارية⁽²⁾ و قد حددت هذه البيانات المادة 46 من

(1) - تنص المادة 03 من المرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1994، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20، صادر في 15 ماي 1984: "ينشر في النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ما يأتي:

-كل الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لاسيما المناقصات و المزيدات...".
(2) - طباع نجاة، "الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين الامتيازات و العراقيل"، الملتي الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارسى، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 5.

المرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾، إذ يلاحظ أن هذه البيانات كفيلة بضمان الإعلام الحقيقي و الكامل بالصفقة.

يعتبر القضاء الإداري المدد المحدد في الإعلان عن الصفقة من البيانات الجوهرية و يجب مراعاتها لسلامة إجراءات المناقصة، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من المقاولين الذين استبعدوا من المناقصة نتيجة خطأ في الإعلان⁽²⁾.

ب: الشروط الموضوعية للإعلان

يجب أن يضمن محتوى قرار الإعلان عن الصفقة تحقيق مبدئي المساواة بين المتنافسين و حرية الوصول للطلبات العمومية، فتلزم المصلحة المتعاقدة بأن تفسح المجال لكل شخص تتوفر

(1) - تنص المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236: " يجب أن يحتوى إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، و عنوانها، و رقم تعريفها الجبائي،

- كيفية المناقصة،

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

- موضوع العملية

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،

- مدة تحضير العروض و مكان إيداع العروض،

- مدة صلاحية العروض،

- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر

- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" و مراجع المناقصة،

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص ص 100-101.

فيه شروطها بالاشتراك في المنافسة⁽¹⁾، و هو الغرض الأساسي من جعل أسلوب المناقصة أصلاً عاماً لإبرام المناقصات⁽²⁾.

فالمقصود بالمساواة بين المتنافسين إيجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى المناقصة دون تمييز بينهم، و ذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر، بذلك يشكل كل شرط أو تصرف تتخذه المصلحة المتعاقدة من خلال إعلان الصفقة منطوياً على عراقيل يستشف منها بأنها قصدت قصر التقدم للمناقصة على شخص أو شركة بذاتها إخلالاً من جانبها⁽³⁾.

تجدر الإشارة أنه من قبيل المساواة بين المتنافسين، لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الإعلان عن الصفقة في شكل حصص الصفقة كلما أمكن ذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 11 من المرسوم 10-236، يعد تخصيص الصفقة من الإجراءات التي جاء بها المرسوم 10-236، فالنصوص السابقة لم تتطرق إلى هذه الفكرة، فكان تنفيذ الصفقات يتم على يد متعامل واحد و كان هذا الاحتكار يشكل إجحافاً في حق باقي المتنافسين فضلاً عن نتائجه السلبية على تنفيذ الصفقة و المتمثلة في تأخر عملية الإنجاز في الآجال المحددة أو التوقف المؤقت للمشاريع بسبب إفسار المتعامل⁽⁴⁾

كرس المشرع الفرنسي مبدأ إلزامية تخصيص الصفقة منذ صدور قانون الصفقات لسنة 2006 حيث أكدت المادة العاشرة منه، أنه لإحداث أكبر قدر من المنافسة -وما عدا في الحالة

(1) - كركادن فريدة، "طرق و إجراءات إبرام الصفقات العمومية -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المصري-"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 4.

(2) - خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 13.

(3) - خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص ص 38-39.

(4) - شكلاط رحمة، "الصفقات العمومية: مقارنة تشريعية جديدة"، ملتقى وطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 1 ديسمبر، ص 113.

التي يكون فيها موضوع الصفقة لا يسمح بتجزئتها- تلزم المصلحة المتعاقدة بتخصيص الصفقة إلى حصص منفصلة، كما أصدر تعليمة مؤرخة في 3 أوت 2006 تؤكد أن استئثار متعامل متعاقد واحد بالصفقة يشكل إخلالا بمبدأ المنافسة (1).

ثالثا- قرار المنح المؤقت للصفقة

يعرف المنح المؤقت للصفقة على أنه: " إجراء إعلامي، بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور باختيارها المؤقت و غير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين التقني و المالي"(2).

يعتبر القضاء الإداري قرار منح الصفقة قرارا إداريا منفصلا لتوافره على خصائص القرار الإداري(3) ، يمكن بالتالي لذوي الشأن الطعن فيه استقلالا، فقد قررت المحكمة الإدارية «CHALON SUR MARNE» بطلان صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 6 أكتوبر 1993، لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقديم العروض(4).

يعد النشر قرار المنح إجراء جوهري، فيجب أن يصل القرار الذي توصلت إليه المصلحة المتعاقدة إلى علم كل المتنافسين، و أن يبين الإعلان سبب اختيار أحد العروض دون سواها و بذلك يتسنى لأي متنافس الطعن أمام القضاء الإداري ضد قرار المنح.

ا- نشر إعلان المنح المؤقت :

ينشر إعلان المنح المؤقت للصفقة وفق الشروط التالية:

(1) - CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats public, Op cit, p 235.

(2) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 180.

(3)- DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op cit, p 584.

(4)- بزاجي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية (دعوى الإلغاء نموذجا)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون إداري و مؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، غنابة، 2007، ص ص 110-111.

-يدرج الإعلان في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة كلما كان ذلك ممكنا.

-يجب أن يتضمن تحديد السعر و آجال الإنجاز و كل العناصر التي سمحت باختيار المتعاقد، و كذا الإشارة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعون.

ب- تعليل قرار المنح المؤقت:

يتم المنح المؤقت للصفقة للمتفاس الذي قدم أحسن عرض، فيجب أن تصدر المصلحة المتعاقدة قرارها باحترام مبدأ المساواة بين المتنافسين، و ذلك من خلال احترام معايير المفاضلة بين المتنافسين، المتعلقة بالكفاءة الفنية و الملائمة المالية، فقد حددت المادة 56 أهم هذه المعايير و هي الضمانات التقنية و المالية، السعر و النوعية، آجال التنفيذ و كذلك التكامل مع الاقتصاد الوطني و الضمانات التجارية و شروط الدعم كضمان الخدمة ما بعد البيع و الصيانة و التكوين⁽¹⁾، و قد ترك المشرع للمصلحة قدرا من السلطة التقديرية لتنظيم عملية اختيار المتعامل المتعاقد، فالمادة 56 حددت هذه المعايير على سبيل المثال لا الحصر و هو ما يعطي الحق للمصلحة المتعاقدة في اختيار معايير أخرى تتناسب مع طبيعة الصفقة و في تحديد أهمية و وزن كل معيار منها، هذا القدر من السلطة الممنوح ضروري، فلا يعقل وضع معايير محددة حصرا من حيث أنواعها و وزنها لتطبق على جميع الصفقات، إذ أن طبيعة و الظروف الصفقات تختلف و تختلف معه أهمية المعايير.

بالمقابل تلزم المصلحة المتعاقدة بذكر المعايير المعتمدة و وزنها في دفاتر الشروط، و بإتباع نظام التقيط المؤسس على المعايير، فلا يتم إرساء الصفقة إلا على المتفاس الذي حصل على أكبر عدد من النقاط، كما تلتزم المصلحة المتعاقدة بنشر جدول التقيط.

تجدر الإشارة أن المرسوم الرئاسي 10-236 قد حدد بعض الامتيازات الخاصة بالمنتج ذي الأصل الجزائري و كذا امتياز المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها

(1) - بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 177.

جزائريون مقيمون، يتجسد الامتياز في منح هامش للأفضلية يقدر بنسبة 25%⁽¹⁾، و بصدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس سنة 2011 تم تحديد كفيات تطبيق هامش الأفضلية⁽²⁾.

لا تعبر المصلحة المتعاقدة مخلة بمبدأ المساواة، عند منحها أفضلية لأحد المتنافسين على أساس نص القانون، فلا يكون بالنتيجة قرار المنح معيبا.

لم يتطرق المشرع بصفة واضحة و صريحة لتحديد الطبيعة القانونية لإجراء المنح المؤقت للصفة رغم الاهتمام الذي أولاه لهذا الإجراء، فلم يتضمن المرسوم الرئاسي 10-236 ما يؤكد اعتبار المنح المؤقت للصفة قرارا إداريا منفصلا عن الصفة، كما لم يشر المشرع بوضوح إلى إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في قرار المنح المؤقت للصفة.

نصت المادة 114 أنه: " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع ..."، إن هذا التعبير غامض لإفراطه في العمومية فماذا يقصد بحقوق الطعن؟ و إلى أي تشريع تشير المادة؟ فكان يجدر الإشارة إلى إمكانية الطعن القضائي ضد قرار المنح في حالة عدم رضا المتعهد بالرأي الذي توصلت إليه اللجنة، أو في حالة اختياره عدم اللجوء إلى الطعن الإداري⁽³⁾، أي الإشارة إلى دعوى إلغاء توجه ضد قرار المنح أو أن تشير المادة على الأقل إلى طعن قضائي يرفع أمام جهة القضاء الإداري المختصة.

الفرع الثاني:

القرارات المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفة

(1) - المادة 23 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011، يتعلق بكفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج ر عدد 24، صادر في 20 أفريل سنة 2011 ص 26.

(3)- لاسيما و أن المادة 114 جعلت الاحتجاج أمام لجنة الطعن مسألة اختيارية غير إلزامية، و هو ما يستتج من عبارة "يمكن".

بعد إتمام إجراءات إرساء الصفقة، تتخذ المصلحة المتعاقدة عدة قرارات، قد تستهدف السير قدما في عملية الإبرام ، فتصدر قرار إبرام الصفقة و قرار التصديق من الجهة الوصية عندما يتطلبه القانون، كما قد تقرر المصلحة العدول عن إبرام الصفقة فتصدر قرار إلغائها.

أولاً: قرار إبرام الصفقة

يعرف قرار إبرام الصفقة بأنه، القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل جهة الإدارة المختصة بعد صدور قرار اللجنة المكلفة بالإرساء، يؤدي هذا القرار إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل و به يكتمل رضا طرفي العقد⁽¹⁾.

اعتبر القضاء الإداري قرار إبرام العقد قرار منفصلا، و ذلك للسماح بتوجيه دعوى الإلغاء ضده، حتى لا يظل قرارا محصنا نتيجة عدم إمكانية توجيه دعوى أخرى ضده⁽²⁾، لأنه إذا اعتبر قرار الإبرام متصلا بالعقد لا يمكن لغير المتعاقد الطعن فيه، و على فرض أن قرار الإبرام كان غير مشروع و أن المتعاقد هو المستفيد منه فسيفلت هذا القرار من الرقابة.

انطلق القضاء الإداري -لفصل قرار إبرام الصفقة عن الصفقة ذاتها - من فكرة التمييز بين العقد الإداري نفسه باعتباره توافق إرادتين، هما إرادة المصلحة المتعاقدة و إرادة المتعامل المتعاقد معها، فالعقد لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء، أما القرار الضمني الذي يسبق إبرام العقد فهو قرار إداري يقبل بطبيعته الطعن فيه بالإلغاء، يرى العميد "هوريو" في هذا الشأن أنه عندما يبرم العمدة عقدا فإن الأمور تسير كما لو اتخذ قرارا مسبقا يعلم بموجبه الكافة أنه يقوم بإبرام العقد، هذا القرار الضمني يسبق العقد و ينفصل عنه.

وفقا أحكام مجلس الدولة الفرنسي فإنه لا يبرر الطعن في قرار الإبرام إلا لسببين، إما عدم الاختصاص بتوقيع العقد، أو عدم إتباع المختص بالتوقيع الإجراءات الشكلية التي تطلبها

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 102.

(2) - DEBBASCH Charles, RICCI Jean Claude, Contentieux administratif, Op cit, p 584.

القانون⁽¹⁾، تطبيقاً لذلك قبل المجلس الطعن الموجه ضد قرار المدير بإبرام العقد و فحص مدى تجاوزه للوكالة المخولة له من المجلس المحلي، كما قضي في حكم آخر بإلغاء القرار الذي قام بمقتضاه الوزير بالتوقيع على الاتفاقية لمخالفة الشكليات التي حددها القانون.

تنص المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236 لا تكون الصفقات نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، حددت المادة الاختصاص بالإبرام، و تفويض الاختصاص.

1-الاختصاص بإبرام الصفقة

حددت المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽²⁾، الممثل القانوني لكل مصلحة متعاقدة المختص بإبرام الصفقة⁽³⁾، فلا تعد الصفقة مبرمة إلا بموافقة صاحب الاختصاص.

كما نص المشرع على إمكانية إبرام الصفقات عن طريق تشكيل ما يسمى ب "مجموعات الطلبات"، في هذه الحالة يعود الاختصاص بالموافقة على الصفقة، إلى إحدى المصالح المتعاقدة

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 106.
(2) - معدلة بموجب المادة 4 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 10-236.
(3) - تنص المادة 08 : " لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

-الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،

-مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،

-الوالي، فيما يخص صفقات الولاية،

-رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية،

-المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،

-المدير العام أو المدير، فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري،

-مدير مركز البحث و التنمية،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني،

-مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي،

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني."

المشكلة للمجموعة و المكلفة من باقي المصالح بصفقتها مصلحة متعاقدة منسقة، و بالتالي فإن الاختصاص بالتوقيع أو الموافقة على الصفقة، يعود للممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة المنسقة، وفقا لما نصت عليه المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي 10-236.

ب - تفويض الاختصاص بالموافقة على إبرام الصفقة

يقصد بتفويض الاختصاص في قواعد القانون الإداري، "أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه في مسألة معينة أو في نوع معين من المسائل إلى فرد آخر⁽¹⁾.

يشترط لصحة التفويض شرطان أساسيان، وجود نص قانوني يرخص بالتفويض، فلا تفويض إلا بنص القانون، و صدور قرار التفويض، فلا يتم التفويض بصفة آلية إنما لا بد من صدور قرار إداري تنفيذيا للنص القانوني الذي سمح بالتفويض⁽²⁾.

حددت المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي 10-236 الأشخاص المختصين بإبرام الصفقة أي صاحب الاختصاص الأصلي، كما نصت الفقرة الأخيرة على إمكانية تفويض هؤلاء الأشخاص لاختصاصهم، غير أن هذه الفقرة حددت مجال التفويض بتحضير الصفقات و تنفيذها، لذلك فإن قراءة نص هذه الفقرة بمفهوم المخالفة، يقتضي القول بأن المشرع منع تفويض الجهة المختصة بإبرام الصفقة لاختصاص الموافقة، و بغياب النص القانوني الذي يشكل أول شرط لصحة التفويض، فإن كل قرار بتفويض اختصاص الموافقة على الصفقة هو قرار غير مشروع لمخالفة محله للأحكام الصريحة للمرسوم 10-236.

يلاحظ أن المشرع رغم تحديده لقرار الإبرام كقرار إداري يتخذ في شكل موافقة السلطة المختصة، إلا أنه لم يشر بصراحة إلى طبيعته القانونية (كقرار إداري منفصل عن الصفقة).

(1) - الطماوي محمد سليمان، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، ط 6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 615.

(2) - بوضياف عمار، القرار الإداري، مرجع سابق، ص ص 115-117.

ثانيا- قرار رفض إبرام الصفقة

استقر القضاء الإداري على قاعدة إلزام الإدارة بإرساء الصفقة على مقدم أفضل عطاء وفقا للمعايير القانونية، إلا أنه أقر من جهة أخرى بسلطة الإدارة في رفض التعاقد مع الشخص الذي تم إرساء الصفقة عليه إذا اقتضت المصلحة العامة عدم إتمام الصفقة، فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية لتقرير إبرام العقد أو عدم إبرامه.

فضلا عن حالة إلغاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، نص المرسوم الرئاسي 10-236، على حالة أخرى تكون فيها المصلحة المتعاقدة ملزمة بإلغاء الصفقة، هي حالة عدم الجدوى، وفقا للمادة 44 من المرسوم تكون المنافسة غير مجدية في حالتين، حالة استلام عرض واحد فقط و حالة التأهيل التقني لعرض واحد بعد تقييم العروض المستلمة.

يشكل رفض جهة الإدارة إبرام العقد بالضرورة وجود قرار إداري مستقل و منفصل عن العقد نفسه، لذلك اعتبر القضاء الإداري، قرار الإدارة برفض التعاقد من القرارات الإدارية النهائية التي تقبل الانفصال عن الصفقة و تقبل بالتالي الطعن فيها استقلالا عن العقد.

ثالثا: قرار التصديق على الصفقة

تخضع بعض المصالح المتعاقدة في عملية إبرام صفقاتها إلى رقابة الوصاية تمارس في صورة التصديق على الصفقة، اعتبر القضاء الإداري القرارات الإدارية التي تصدر عن سلطة الوصاية قرارات منفصلة عن العقد الذي تيرمه الإدارة، سواء تعلقت هذه القرارات بالترخيص أو التصديق على العقد الإداري، أو كانت تهدف إلى رفض إبرام العقد الإداري، و بالتالي يمكن

الطعن فيها استقلالاً عن العملية العقدية، ذلك أنه في هذه القرارات الإدارية تبرز إرادة الإدارة المنفردة أي سلطة الأمر⁽¹⁾.

وفقاً للمادة 116 من المرسوم 10-236 تخضع الصفقات العمومية المبرمة لرقابة الوصاية قبل دخولها حيز التنفيذ ، و تهدف هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة إبرام الصفقات لأهداف الفعالية و الاقتصاد و التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة، تدخل فعلاً في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع⁽²⁾.

يشكل قرار الوصاية بالتصديق أو عدم التصديق على الصفقة قراراً منفصلاً عن الصفقة، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية السابقة لإبرام الصفقة و الممهدة لها على الرغم من أن الطاعنين كانوا أطرافاً في العقد و كان يمكنهم اللجوء إلى القضاء الكامل⁽³⁾.

من أمثلة قرارات التصديق على الصفقة، ما نصت عليه المادة 149 من القانون 11-10 المتعلق بالبلدية⁽⁴⁾، فوفقاً لهذه المادة " يصادق على محضر المناقصة و الصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي.

يرسل محضر المناقصة و الصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما".

يعتبر من جهة أخرى، قرار رفض التصديق قراراً إدارياً منفصلاً عن الصفقة، و هو ما يؤكد حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/04/1996 في قضية شركة اتحاد النقل و المشاركة، فقد اعتبرت المحكمة القرار الصادر عن الوصاية و المتضمن رفض المصادقة على مداولة مجلس محلي متعلقة بعقد إداري، قراراً إدارياً منفصلاً.

(1) - معاليقي فاروق محمد ، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص ص 299-300.

(2) - أنظر المادة 127 من المرسوم الرئاسي 10-236.

(3) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 108.

(4) - قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر في 03 يوليو سنة 2011.

المبحث الثاني:

طبيعة رقابة القاضي الإداري على القرار المنفصل

كان الهدف من تكريس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي سمحت بفصل قرارا إبرام العقود الإدارية عن العملية العقدية الكلية، هو إبعاد منازعات هذه القرارات عن رقابة قاضي العقد و إخضاعها لرقابة خاصة تتناسب مع طبيعة هذه القرارات، أي أن يباشر القاضي الإداري رقابته على منازعات قرارات إبرام العقود الإدارية كأى رقابة تخضع لها منازعات أية قرارات إدارية أخرى.

تعد رقابة المشروعية التي تمارس عن طريق دعوى الإلغاء الرقابة الأصلية للقرارات الإدارية فقد كان من الطبيعي إخضاع منازعات القرارات المنفصلة لرقابة قاضي تجاوز السلطة أو قاضي الإلغاء (المطلب الأول)، غير أنه بالنظر إلى خصوصية القرارات الإدارية المنفصلة في حالة الصفقات العمومية المتمثلة في ارتباط هذه القرارات بمواضيع الصفقات، و هي تنفيذ مشاريع ذات أبعاد اقتصادية و اجتماعية لا تحتمل التعطيل بسبب المنازعة القضائية، فإن الرقابة التقليدية للقرارات المنفصلة أصبحت لا تتماشى مع خصوصية الصفقات العمومية، و بذلك كان من الضروري أن تحضي القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة برقابة خاصة هي رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقدى (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

رقابة قاضي الإلغاء

كرس القضاء الإداري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية، و بذلك أصبح مبدأ خضوع القرارات الإدارية المنفصلة عن صفة عمومية لرقابة قاضي تجاوز السلطة (قاضي الإلغاء) أمرا مسلما به، و بالنتيجة أصبحت القرارات الإدارية المنفصلة محلا لدعوى الإلغاء، ينطبق عليها كل الأحكام المتعلقة بدعوى إلغاء القرارات الإدارية، و يتعلق الأمر بشروط دعوى الإلغاء الشكلية منها و الموضوعية، و كذا آثار إلغاء القرار الإداري.

لكن نظرا لخصوصية القرار الإداري المنفصل عن الصفقة و المتمثلة أساسا في ارتباط هذا القرار بالعملية الأساسية و هو الصفقة العمومية، فإنه لا يمكن التسليم بإخضاع هذا القرار للأحكام العامة لدعوى الإلغاء دون مراعاة هذه الخصوصية.

تظهر خصوصية دعوى إلغاء القرار المنفصل في الشروط التي تطلبها القضاء لقبول الدعوى (المطلب الأول)، و كذا آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل (المطلب الثاني).

الفرع الأول:

شروط دعوى إلغاء القرار المنفصل

لا تقبل دعوى الإلغاء إلا إذا اجتمعت أربعة شروط، يتعلق الأول بالقرار الإداري محل الطعن بالإلغاء، و هو عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة بهدف إحداث آثار قانونية، كما يشترط المشرع في أطراف الدعوى شروط الصفة، المصلحة و الأهلية، كما تتطلب دعوى الإلغاء شرط عريضة الدعوى و شرط الميعاد.

يشترط لقبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل -باعتباره قرارا إداريا- كل الشروط السابقة، حيث أن معظمها تنطبق على دعوى إلغاء القرار المنفصل دون أية خصوصية تذكر، لاسيما فيما يتعلق بشرطي عريضة الدعوى و ميعادها.

غير أن بعض الشروط تثير نوعا من الخصوصية عندما يتعلق الأمر بدعوى إلغاء القرار المنفصل، تتمثل في الشرط المتعلق بصفة رافع الدعوى (أولا)، الشرط المتعلق بأساس الطعن بالإلغاء (ثانيا)، و الشرط المتعلق بقابلية القرار المنفصل للتنفيذ (ثالثا).

أولا- شرط تقديم الطعن من غير المتعاقد

تقبل دعوى إلغاء القرار المنفصل إذا رفعت من غير المتعاقد الذي تضرر بالقرار المطعون فيه بالإلغاء⁽¹⁾، فلا تقبل هذه الدعوى من المتعاقد نفسه، لأنه يملك اللجوء إلى قاضي العقد بدعوى القضاء الكامل.

يستمد غير المتعاقد الحق في طلب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة، من كون هذا القرار قد أثر سلبا على مركزه القانوني، من ثمة تكون له مصلحة في للطعن فيه بالإلغاء.

يرجع سبب اشتراط صفة الغير في الطاعن، إلى رفض القضاء الإداري فصل القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري عن العقد نفسه، لأن الطاعن في هذه المرحلة هو أحد أطراف الرابطة العقدية فهو يحمل صفة المتعاقد و بالتالي ليس أمامه سوى دعوى القضاء الكامل استنادا إلى قاعدة نسبية آثار العقد، و لكون القرار الإداري في هذه المرحلة يتصل بالعقد، و تطبيقا لهذا المبدأ رفض القضاء طلبات الإلغاء الموجهة من المتعاقد إلى القرارات الصادرة تنفيذا للعقد كقرارات توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد⁽²⁾.

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي 10-236، نلاحظ اختلاف صفة الغير التي تجعل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية المتصفة بها في وضعية ملائمة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل،

(1)- بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: دراسة تشريعية و قضائية و فقهية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 85.

(2)- أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 143-145.

بحيث تختلف الصفة المطلوب توفرها في المتقاضي حسب نوع القرار المنفصل المخاصم، فقد يكون الغير : المتعهد، أو المرشح، أو المتعامل الاقتصادي أو المتنافس.

فتعد صفة متعهد شرطاً لازماً لقبول دعوى إلغاء القرار المنفصل في حالة رفض عرض مثلاً، و لا تقبل دعوى إلغاء لقرار المنفصل في حالة الاستشارة الانتقائية أو المناقصة المحدودة أو حالة المسابقة، إلاّ ممن تتوفر صفة مرشح، و بالتالي وحدهم الأشخاص الذين شاركوا في الإجراء الأولي للانتقاء، لهم الحق في الطعن ضد قرار منح الصفقة⁽¹⁾.

غير أنه استثناء من قاعدة وجوب توفر صفة الغير في رافع دعوى الإلغاء القرار المنفصل عن الصفقة، يمكن للمتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، إذا ما صدر القرار الإداري الغير مشروع عن المصلحة المتعاقدة و كان اتخاذها للقرار مستندا إلى القوانين أو التنظيمات السارية، أي أنها لا تستند في إصداره إلى بنود الصفقة، بل يوجه القرار إلى المتعاقد بصفته مواطناً كسائر المواطنين ملزم باحترام القوانين و اللوائح و يمكن أن تصدر ضده قرارات إدارية في حالة مخالفته لهذه القوانين، فالقرار الصادر في هذه الحالة لا تربطه علاقة مباشرة بالعقد⁽²⁾.

حدد مجلس الدولة الفرنسي أن معيار التفرقة بين الحالتين بالأساس الذي تستند إليه الإدارة في إصدار القرار، فقد ذكر في حكمه الصادر في 1908/12/16 أنه يجب التفريق بين حالة صدور القرارات الإدارية استناداً إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط و هنا يتعين على الشركة المتعاقدة و الطرف الآخر في الدعوى أن تسلك طريق القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص، أما إذا أصدرت القرارات المطعون فيها استناداً إلى القوانين و اللوائح، فإن تلك الشركات تلجأ إلى القضاء للإلغاء للرقابة على مشروعية قرارات الإدارة ذاتها بغض النظر عن العقد و أحكامه⁽³⁾.

1- (RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 161.)

(2) - الطماوى محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

(3) - الطماوى محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219.

يعد من أهم القرارات التي قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء الموجهة رغم صدورها عن المصلحة المتعاقدة و تأثيرها على العقد:

1 - قرار شطب اسم المتعهد من قائمة الموردين، يعتبر من القرارات النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد الإداري، و تنطبق عليه الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

2- القرارات التي تتخذها الإدارة استنادا إلى سلطة الضبط الإداري وفقا للقوانين و اللوائح لحماية الأمن و السكينة و الصحة العمومية و التي يكون لها أثر على المتعاقد.

3- القرارات الصادرة من سلطة الوصاية في غير حالة الحلول، كقرارات الترخيص أو التصديق على الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة و المتعلقة بتنفيذ العقد أو فسخه⁽¹⁾.

ثانيا - أن يكون القرار نافذا

يتعين لقبول الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية -شأنه شأن أي قرار إداري آخر- أن يكون قرارا نافذا⁽²⁾، و هو الأمر الذي يتحقق في حالتين:

- صدور القرار من جهة لها حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق جهة أخرى.

- صدور القرار من جهة لها حق الاقتراح ثم يتأكد هذا القرار بالتصديق عليه من الجهة الوصية بالشكل الذي يحدده القانون⁽³⁾.

تتضمن عملية إبرام الصفقة العمومية إصدار عدة قرارات، فالعبرة بالقرارات النهائية، فهي وحدها القرارات التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء، أما ما يسبق القرار من إجراءات تعتبر قرارات

(1) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op cit, p 159.

(2) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p162.

(3) - محمد سمير محمد جمعة، "مدى قول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، العدد 49، مصر، 2011، ص 202.

غير نهائية⁽¹⁾، فعلى سبيل المثال يعد قرار المنح المؤقت للصفقة قرارا مبنيا على قرارات أخرى، إذ تعتمد المصلحة المتعاقدة لإصداره على قرارات متلاحقة، يتم إصدارها قبل اتخاذ القرار النهائي، على خلاف ذلك فإن قرار لجنة تقييم العروض بإرساء الصفقة على أحد المتعهدين و رغم أهميته لا يعد قرارا تنفيذيا (نهائيا)، فقرار اختيار أحد المتعهدين بصفة قانونية و قطعية تتخذه المصلحة المتعاقدة و ليست اللجنة.

كما أن اشتراط الخاصية التنفيذية للقرار الإداري المنفصل حتى يكون محلا للطعن بالإلغاء، يخرج من مجال دعوى الإلغاء الطعون الموجهة إلى القرارات الصادرة عن الجهة المختصة و التي تكون في حاجة إلى تصديق السلطة الوصية، لأنها لا تكون قابلة للتنفيذ إلا من تاريخ التصديق عليها من السلطة الوصية.

لا يمكن وضع قاعدة عامة لتمييز القرارات التنفيذية عن الإجراءات التمهيدية، فلا بد من الرجوع إلى النصوص القانونية لتحديد طبيعة التصرفات، فبالنسبة لقرارات اللجنة المختصة بإرساء الصفقة مثلا، فإن القضاء المصري مؤيدا بأراء الفقه، يقبل الطعن بالإلغاء ضدها، على اعتبارها قرارا تنفيذيا بنص القانون، فقد قضت المحكمة الإدارية في مصر أنه يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر عن لجنة البت برفض عطائه⁽²⁾. على خلاف ذلك، فإن المرسوم الرئاسي 10-236، لا يجيز الطعن ضد قرار لجنة تقييم العروض المتضمن إرساء الصفقة، بل يوجه الطعن إلى قرار المصلحة المتعاقدة بمنح الصفقة.

إلا أنه إذا كانت القرارات أو الإجراءات التمهيدية السابقة على صدور القرار النهائي (التنفيذي) لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، فإن القضاء الإداري يعتمد في فحصه لمدى مشروعية القرار النهائي، على فحص القرارات أو الإجراءات السابقة على إصداره، و هو بذلك يراقب صحة

(1) - محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، د ت ن، ص 206.

(2) - قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق،

تسبب القرار التنفيذي لأنها تعتبر من مكونات هذا القرار، فإذا كانت هذه الإجراءات مشوبة بأحد عيوب المشروعية، فإن القرار النهائي الذي اعتمد عليها يكون معيباً⁽¹⁾، و بالتالي فإنها لا تفلت من رقابة القضاء .

ثالثاً: تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل

يتعين لقبول الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة، أن يؤسس طلب الإلغاء على كون القرار مشوباً بأحد عيوب المشروعية (عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة الشكل، الإجراءات، عيب مخالفة القانون و عيب الانحراف بالسلطة)

نجد في أحكام القضاء الإداري عدة أمثلة لحالات قبول قاضي الإلغاء الطعون المرفوعة ضد قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة لعدم مشروعيتها، فقد اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1969/11/28 في قضية SR Grain قرار إرساء مناقصة التي أعلنتها البلدية على طرف أجنبي قراراً إدارياً غير مشروع لاختلال ركن الشكل و الإجراءات في هذا القرار .

قبل مجلس الدولة الجزائري كذلك دعوى إلغاء القرار المنفصل، إذ ناقش طلب المدعي إلغاء قرار المصلحة المتعاقدة المتضمن رفض عرض أحد المتعهدين، فقد جاء في حيثيات القرار الصادر في 14 نوفمبر 2007 أنه "حيث بالرجوع إلى القرار المستأنف فإنه رفض دعوى المستأنف بذكره أن المناقصة المنشورة في جريدة الجمهورية في 2003/10/1 جاء فيها أن تودع العروض بمديرية التعمير و البناء بالبيض في ظرف مغلق و أن الظرف الخارجي لا يحمل اسم

(1) - على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 196.

المتعهد و من هنا لما قام بإرسال الظرف عن طريق البريد يكون قد خالف صراحة ما جاء في الإعلان بالمناقصة و أن الإدارة لم تقم بإقصائه تعسفياً⁽¹⁾.

قبل المجلس في قرار آخر، دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة، بحجة خرقها للمادة 38 من المرسوم 02-250 التي تنص على لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، عندما يتضح أن الدعوى للمنافسة غير مجدية⁽²⁾.

اعتبر مجلس الدول الفرنسي قراراً منفصلاً غير مشروع، كل قرار صادر عن سلطة غير مختصة، أو غير مشكلة تشكيلاً صحيحاً (كالتشكييلة غير الصحيحة للجنة فتح الأظرفة)، و غيرها من عيوب المشروعية الداخلية⁽³⁾، نتيجة لذلك ألغى المجلس قرار التصديق الصادر عن المدير باعتباره سلطة وصاية، و قد تضمن القرار التصديق على قرار المجلس البلدي دون موافقة مجلس ديوان المديرية، و ذلك مخالفة لما ينص عليه القانون⁽⁴⁾.

كما قبل الطعن بالإلغاء في قرار المجلس المحلي بإبرام العقد لوجود عيب في الشكل، ذلك أن قرار المجلس المحلي لم يسبقه بتقرير مدير الإقليم، كما لم يوزع هذا التقرير مطبوعاً قبل الجلسة بثمانية أيام، و نظراً لضرورة توفر هذا التقرير قبل إصدار القرار الإداري، فإن غيابة يعيب القرار شكلاً و يجعله محلاً للطعن بالإلغاء⁽⁵⁾.

(1) - قرار رقم 38061 صادر بتاريخ 2007/11/14 عن مجلس الدولة، في قضية السيد (ح م) ضد والي ولاية البيض (قرار غير منشور).

(2) - قرار رقم 44954+44746 صادر بتاريخ 2009/02/11 عن مجلس الدولة، في قضية مقاومة الأشغال العمومية ضد ولاية الشلف و من معها (قرار غير منشور).

(3) - **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 162.

(4) - **حمدي حسن حلفاوي**، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 102، 103.

(5) - **أشرف محمد خليل حماد**، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 119.

يمكن أن يتعلق العيب باللامشروعية الداخلية، كصدور القرار المنفصل خرقا لقواعد قانون التعمير (قرار نادي اليخوت الدولية)، أو صدوره مخالفا لقاعدة الحقوق المكتسبة⁽¹⁾.

مما سبق، فإن جواز الطعن في القرار المنفصل لوجود عيب في القرار المنفصل نفسه هو أمر لا جدال فيه، لكن في الحالة التي يكون فيها الطعن بالإلغاء مؤسسا على عدم مشروعية العملية العقدية التي يرتبط بها القرار، فهل يمكن اعتبار الشروط التعاقدية لصفقة عمومية مصدرا من مصادر المشروعية بحيث توجب على القرارات الإدارية مراعاتها؟.

الأصل أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن الصفقة لمخالفته نصا عقديا، غير أنه إذا كان أساس الطعن هو عدم مشروعية بنود الصفقة المتصل بها القرار، كأن يصدر قرار إبرام الصفقة مخالفا للنظام العام، فإن قاضي الإلغاء في هذه الحالة يضطر لبحث مدى مشروعية العملية العقدية ذاتها، لتقدير مدى سلامة القرار محل الطعن، و قد أيد غالبية الفقه سلطة قاضي الإلغاء بفحص مدى سلامة العملية التعاقدية، للتحقق من مشروعية القرار الإداري⁽²⁾.

لم يقبل القضاء الإداري الشروط التعاقدية مصدرا للامشروعية بشكل مطلق، إنما ميز بين حالة صدور القرار مخالفا لنص عقدي، و حالة صدوره تطبيقا لبند عقدي غير مشروع.

1- حالة صدور القرار مخالفا لنص عقدي:

تتحقق هذه الحالة عندما تتخذ المصلحة المتعاقدة قرارا إداريا متعلقا بالصفقة و يكون هذا القرار مخالفا لما نصت عليه من حقوق و التزامات ، فالقرار المنفصل هنا، يخالف نصا عقديا و ليس قانونيا، في هذه الحالة استقر القضاء الإداري على عدم قبول دعوى إلغاء القرار المنفصل

(1)- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 163.

(2)- حمدي حسن حفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105.

المؤسسة على مخالفة الإدارة للنصوص العقدية⁽¹⁾، و يقول المفوض "JOSSE" في هذا الشأن أنه لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة، إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلى حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدها من العقد⁽²⁾.

يمكن تبرير موقف القضاء بأنه، إذا أصدرت الإدارة قرارا بالمخالفة لنص عقدي فإنها تكون قد أخلت بالتزاماتها العقدية، و بالتالي يكون خطأها المتجسد في القرار المخالف لبنود العقد، خطأ عقديا، و من ثمة، فإن هذا القرار يثير مسؤوليتها العقدية لا التقصيرية، فتدخل المنازعة بشأنه في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

2- حالة صدور القرار الإداري تطبيقا لبند غير مشروع في العقد

قد يؤسس الطعن على عدم مشروعية بنود العقد المرتبط به القرار، كصدور قرار من مجلس محلي بإبرام العقد يتضمن شرطا مخالفا للنظام العام، أو أن يرد تصديق سلطة الوصاية على عقد غير مشروع، فالقاضي هنا يبحث في مدى مشروعية العملية ذاتها لتقدير سلامة القرار المطعون فيه، في هذه الحالة استقر القضاء الإداري على أحقية قاضي الإلغاء بفحص سلامة العملية العقدية على اعتبارها تشكل ركن السبب في القرار الإداري⁽³⁾.

أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 10 جويلية 1996، أن الشروط التنظيمية لعقد، يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضدها مباشرة على عكس الشروط التعاقدية⁽⁴⁾.

ذهب أغلبية الفقه إلى تأييد موقف القضاء بشأن اعتبار مخالفة القرار الإداري لنصوص العقد أو شروطه لا تعد مخالفة للمشروعية، يبرر هذا الفقه موقفه بحجتين:

1) – PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op cit, p 159.

(2) – حمدي حسن حقاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة....، المرجع السابق، ص 104.

(3) – حمدي حسن حقاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105.

4) – PEISER Gustave, Contentieux administratif, Ibid, p 159.

أولهما: الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء، إذ يعد إلغاء القرار الإداري جزءا مخالفة المشروعية، أي جزء مخالفة القاعدة القانونية العامة و المجردة التي ترتب حقوقا عامة و ليس حقوقا ذاتية شخصية، بينما العقد الإداري يولد حقوقا شخصية و ذاتية تقتصر آثارها على أطرافه.

ثانيهما: فكرة الدعوى الموازية، إذ بمقتضى شرط انتفاء الدعوى الموازية، لا يجوز لقاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد الإداري لكي يستخلص منها أسباب عدم مشروعية القرار الإداري، و لا يستطيع بالتالي إلغاء قرار إداري لمخالفته لنص عقدي⁽¹⁾.

و بالمقابل انتقد جانب من الفقه هذا المسلك، فيرى أنه لا يوجد ما يمنع من بناء الطعن بالإلغاء على مخالفة القرار الإداري لنص عقدي، وفقا لهذا الاتجاه تشمل قواعد القانون التي يتعين مراعاتها كل التزام قانوني يرتب المشرع جزءا على مخالفته، أي كان مضمون هذا الالتزام، فكما توجد قواعد قانونية عامة، توجد قواعد قانونية ذاتية، منها الالتزامات العقدية⁽²⁾، فالعقد يولد التزامات واجبة الاحترام على أطرافه، و يترتب جزءا على مخالفتها، و لا يوجد ما يمنع من وصفها بالقاعدة القانونية، كما أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية، يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية هامة، هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

يمكن ترجيح سلامة هذا الموقف، ذلك أن دور قاضي الإلغاء هو حماية المشروعية الذي يقتضي التزام الإدارة حكم القانون في كل تصرفاتها⁽⁴⁾، و بالتالي فإن مبدأ المشروعية، مطلق و غير قابل للتجزئة، فكما أن الإدارة ملزمة باحترام المشروعية في تصرفاتها الانفرادية (القرارات الإدارية)، فإنها ملزمة باحترام المشروعية في تصرفاتها الثنائية (العقود الإدارية).

الفرع الثاني:

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 116.

(2) - حمدي حسن حلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 103.

(3) - المرجع نفسه.

(4) - محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 21.

أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد

يعتبر إعدام آثار القرار الإداري، النتيجة الحتمية لصدور حكم إلغاءه ، فبمجرد استثناء حكم الإلغاء لطرق الطعن ، فإنه يكتسب حجية مطلقة في مواجهة الكافة، فيصبح هذا القرار كأنه لم يكن، و لا يمكن التمسك بأي حقوق، و لا التقيد بأية التزامات ناشئة عنه.

إذا كان من السهل تطبيق هذه النتيجة في حالة القرار الإداري البسيط، فإنه إذا تعلق الأمر بالقرار المنفصل، فإن المسألة ليست بهذه السهولة، لأنه قرار ساهم في تكوين عملية كلية، هي العقد، فإذا كان القضاء الإداري قد قبل فصل بعض القرارات عن العقد، فذلك لا يعني انتفاء أية صلة للقرار بالعقد، فهو يبقى جزءا منه، بالتالي فإن إشكالية آثار حكم إلغاء القرار المنفصل تكمن في تحديد مدى تأثير حكم إلغاء القرار المنفصل على العقد.

ارتكز قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر على التمييز بين حالتي الاحتجاج أو عدم الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف العقد:

1- حالة الاحتجاج بحكم الإلغاء من قبل أحد أطراف العقد أمام قاضي العقد

في حالة احتجاج أحد أطراف العقد بحكم إلغاء القرار المنفصل أمام قاضي العقد، يمكن أن يستعمل حكم الإلغاء كوسيلة لإبطال العقد نفسه من قبل أحد طرفيه⁽¹⁾، فيبني حكم بطلان العقد على أساس حكم إبطال القرار المنفصل الذي ساهم في تكوينه، إذ يتمتع حكم الإلغاء بحجية مطلقة أمام قاضي العقد.

(1) - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص 39.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي كان يميل للحفاظ على استقرار العلاقات التعاقدية، فقد سمح بالتصحيح الرجعي للقرار المنفصل الملغى إذا كانت لامشروعية القرار ترجع إلى إهمال قاعدة شكلية⁽¹⁾، أما إذا تعلق الأمر باللامشروعية الداخلية فلا مجال للتصحيح.

كما أن أثر حكم الإلغاء ليس رجعياً، فإذا أدى حكم الإلغاء إلى بطلان العمل القانوني المترتب عنه، فإن البطلان لا يمتد إلى التصرفات السابقة عليه طالما كانت سليمة، فإذا ألغى القاضي قرار إبرام الصفقة لصدوره من غير مختص، فلا يؤدي هذا الحكم إلى بطلان قرار اختيار المتعاقد أو قرار الترخيص بالتعاقد⁽²⁾.

الحالة الثانية: حالة عدم الاحتجاج من أحد أطراف العقد

وفقاً للقضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي -الذي تبناه القضاء الإداري في الكثير من الدول العربية⁽³⁾ (مصر، لبنان، الأردن...)-⁽⁴⁾ لا يمكن للغير أن يحتج بإلغاء القرار المنفصل لإبطال العقد طالما تمسك طرفا العقد بالاحتفاظ به.

(1)- سمح مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التصحيح الرجعي للقرار المنفصل لأول مرة في قراره الصادر بتاريخ 8 جوان 2011، بمناسبة فصله في قضية تتعلق بعقد بيع أملاك تابعة لبلدية، فبعد إلغاء المداولة التي رخصت بالبيع من طرف القضاء الإداري بسبب غياب الرأي الاستشاري لمصلحة أملاك الدولة، أصدر المجلس البلدي مداولة ثانية مبنية على الرأي الموافق لمصلحة أملاك الدولة و هو ما سمح بإسمرار العقد المبرم بين البلدية و الشركة المتعاقدة معها .

-Voir :

LUCIENNE Erstein, « Régularisation rétroactive d'un acte détachable annulé », *Revue LA SEMAINE JURIDIQUE*, N° 25, 2011, p 1210-1211.

(2)- **حمدي حسن حلفاوي**، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، المرجع السابق، ص 112.

(3)- على خلاف أغلب الدول العربية، فإن القضاء الإداري في العراق، و رغم حداثة مقارنة بهذه الدول قد تبني منذ البداية موقفاً أكثر إيجابية بشأن ترتيب آثار حكم إلغاء القرار المنفصل على الصفقة، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإحالة المزايدة على أحد المزايدين بسبب بطلان إجراءات المزايدة و تعسف الجهة الإدارية في ذلك، و لم تكتفي المحكمة بذلك بل ألزمت الإدارة المتعاقدة بوجوب إعادة إجراءات المزايدة من جديد بعد إلغاء قرار التصديق على الإحالة و إبطال العقد. أنظر: **أبو بكر صديق عمر**، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، مرجع سابق، ص 44.

(4)- **أشرف محمد خليل حماد**، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 129.

لا يؤدي بالتالي إلغاء القرار الإداري برسو المناقصة، إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه، و لا يستطيع قاضي الإلغاء أن يعلن إرساء المناقصة على المدعي، و لا أن يأمر الإدارة بذلك، فقاضي الإلغاء هو المختص بترتيب الآثار القانونية الناتجة عن إلغاء القرار الإداري المنفصل إذا لجأ إليه طرفا العقد لهذا الغرض⁽¹⁾.

غير أن هذه القاعدة لا تؤدي إلى إهدار كل فائدة لحكم الإلغاء، لأنه لا يملك غير أطراف العقد أية وسيلة للدفاع عن مصالحهم، إلا اللجوء إلى قاضي الإلغاء لتعذر إمكانية الطعن في العقد بسبب قاعدة نسبية آثار العقد و قصر آثاره على طرفيه فقط، بالتالي فإن الغير يمكنه في حال حصوله على حكم بإلغاء القرار المنفصل أن يثير مسؤولية الإدارة غير العقدية عن قرارها الغير المشروع، باعتبار أن هذا الخطأ يشكل ركن الخطأ في جانب الإدارة، مما قد يرتب له الحق في التعويض إذا اجتمعت باقي أركان المسؤولية الإدارية⁽²⁾.

مما سبق فإن لحكم الإلغاء أثر محدود يقتصر على القرار الذي صدر بشأنه، فيظل العقد المبني على هذا القرار قائماً و منتجا لآثاره طالما لم يطلب أحد أطراف العقد إبطاله أمام قاضي العقد، و قد برر القضاء هذه القاعدة بفكرة الحفاظ علي استقرار الأوضاع التعاقدية⁽³⁾.

أثار موقف مجلس الدولة الفرنسي القاضي بمحدودية آثار حكم إلغاء القرار المنفصل عدة صعوبات، لاسيما عندما يكون القرار المقضي بإلغائه هو قرار إبرام العقد نفسه، إذ لا يوجد في الحقيقة سوى عمل قانوني موحد و هو العمل الذي قضي بإلغائه، ما أدى إلى التقليل من قيمة نتائج دعوى الإلغاء، فما الفائدة من إلغاء القرار غير المشروع إذا ظل العقد الذي بني عليه قائماً، في هذا الصدد يقول المفوض "روميو" : "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية

(1)-أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 128.

(2)-حمدي حسن حفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 112 - 114.

(3) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 165.

فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق و قد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد...⁽¹⁾.

أيد بعض الفقه مسلك القضاء الإداري، و يستند هذا الاتجاه إلى القول بأنه في حالة إبطال العقد نتيجة إلغاء القرار المنفصل، فإن ذلك يؤدي إلى زعزعة استقرار التعامل من جهة، و إهدار قواعد الاختصاص من جهة أخرى، إذ يؤدي إلى اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد، ذلك أن منازعة العقد الإداري مجالها القضاء الكامل⁽²⁾.

يقول الفقيه "دو لوبادير" « **DE LEBADER** »: " إذا تم الحكم بالإبطال، فإنه لا يبطل سوى العمل المنفصل و ليس كل العملية، على سبيل المثال في العملية العقدية، وحده العمل التابع (المداولة أو التصديق) يتم إبطاله، بينما يستمر سريان العقد بشكل قانوني"⁽³⁾.

بالمقابل، انتقد أغلب الفقه موقف القضاء الإداري، إذ يرى أن القرار الإداري و إن كان قابلاً للانفصال عن العقد، إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلاً لا يتجزأ، فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة يتوقف على سلامته سلامة العملية العقدية بأكملها، لذلك فإن إلغاء القرارات المنفصلة يؤدي إلى إلغاء ما يترتب عنها، فيجب أن يترتب على إلغاء قرار إرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقى قائماً على تصرف باطل و مخالف للقانون، ذلك أن إبرام العقد يجعل الإدارة تخالف التزامها بوجوب إصدار قراراتها مطابقة للقانون.

فضلاً عن ذلك، يتجافي موقف القضاء مع المنطق، فما الداعي لقبول دعوى الإلغاء القرار المنفصل، طالما أن حكم الإلغاء لن يترتب آثاره الكاملة، فلن ينتج عنه سوى الحصول على

(1) - نقلاً عن الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 212.

(2) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 129-130.

(3) - «...Si l'annulation est prononcée, elle ne fait tomber que l'acte détachable attaqué et non l'ensemble de l'opération ; par exemple dans le cas de l'opération contractuelle, seul est annulé l'acte accessoire (délibération, approbation) juridiquement le contrat lui-même subsiste...», Voir: **DE LAUBADERE André**, Traité théorique et pratique de contrats administratif, LGDJ, 1956, p 487.

التعويض، كما أن المدعي يملك اللجوء مباشرة إلى دعوى التعويض، فيبحث القاضي في مشروعية القرار المنفصل على اعتبار أنه يشكل عنصر الخطأ في مسؤولية الإدارة⁽¹⁾.

تراجع المجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق، و اعتماد مبدأ أكثر منطقية، دون التخلي عن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و قد تجسد هذا التطور ابتداء من حكيمين:

- قرار شركة نادي اليخوت الدولية: (Sté le yacht-club international de Bormes)

صدر هذا القرار سنة 1993، و قد شكل نقطة تحول في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، لأنه سمح لقاضي العقد، في معرض رقابته لنزاع يتعلق بتنفيذ العقد، أن يثير من تلقاء نفسه السبب المتعلق بإبطال العمل المنفصل لكي يخلص إلى إعلان بطلان العقد⁽²⁾.

- قرار "الزوجين لوبيز" « Epoux lopez »:

صدر هذا القرار سنة 1994، و فيه قضي المجلس بإلغاء قرار مجلس بلدي بإبرام عقد إداري، و لم يكتفي بذلك، بل أمر البلدية بأن تراجع قاضي العقد للكي يعلن بطلانه⁽³⁾.

المطلب الثاني:

رقابة الاستعجال قبل التعاقد

قامت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على فلسفة محددة، تتمثل في التوفيق بين الحقوق المكتسبة (لطرفي العقد)، و حق التقاضي (لغير المتعاقدين)، تكريسا لمبدأ المشروعية، و هو الأمر الذي أثر سلبا على دور قاضي الإلغاء، مست هذه النظرية بحجية حكم الإلغاء و آثاره، و تعتبر هذه النتيجة نقطة ضعف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة و سبب انتقاد الفقه لها، فقد

(1) - أشرف محمد خليل حماد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال ...، مرجع سابق، ص 120.

(2) - PEISER Gustave, Contentieux administratif, Op cit, p 159.

(3) - معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 317.

وصفت هذه النظرية بأنها ناقصة في بنائها الفكري، لأنه ليس من المنطق القانوني أن تبقى الصفقة قائمة برغم من صدور حكم إلغاء القرارات التي بنيت عليها بحكم قضائي، و رغم محاولة القضاء الإداري تصحيح قضائه السابق، إلا أن هذه الحلول أصبحت غير فعالة، لاسيما مع تطور الصفقات العمومية الذي تطلب حلا جذريا لإشكالية إلغاء القرارات المنفصلة المكونة للصفقة.

تمثل هذا الحل الذي في استبدال دعوى إلغاء القرارات المنفصلة بدعوى الاستعجال قبل التعاقدي، بحيث تضمن هذه الدعوى الكثير من المزايا التي أهلتها لأن تعوض دعوى الإلغاء، حيث تداركت دعوى الاستعجال قبل التعاقدي كل عيوب و نقائص دعوى الإلغاء. نظمت أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية شروط هذه الدعوى (الفرع الأول)، و كذا صلاحيات قاضي الاستعجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

شروط دعوى الاستعجال قبل التعاقدي.

نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حالة الاستعجال في مادة أبرام العقود و الصفقات، و الواقع أن تخصيص الصفقات العمومية بدعوى استعجالية خاصة، ليس بالأمر الذي ابتدعه المشرع الجزائري، فأحكام هذه الدعوى أخذت عن التشريع الفرنسي، و هي ذات أصل تشريعي أوروبي، فقد تشدد المشرع الأوروبي بشأن احترام قواعد العلنية و المنافسة في مجال إبرام عقود الشراء العام، و هذا بموجب التعلية 89- 665 المؤرخة في 21 ديسمبر 1989.

تبني المشرع الفرنسي التوجه الذي جاءت به هذه التعلية بإصدار قانون 92-10 المؤرخ في 04/01/1992 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجالات (الطاقة،

المياه، النقل و الاتصالات)، كما تم إدراج بعض أحكام هذا القانون في قانون المحاكم الإدارية و محاكم الاستئناف و كذا قانون القضاء الإداري(1).

اصطلح على الدعوى الاستعجالية في هذه الحالة، تسمية الاستعجال قبل التعاقد التي يقصد بها: " إجراء قضائي تحفظي مستعجل و خاص، الهدف منه حماية قواعد العلنية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية و ذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"(2).

حددت المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية(3)، الإطار العام لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، من خلالها يمكن استنتاج شروط هذه الدعوى و تتلخص في وجوب توفر الصفة في المدعي، و جود حالة إخلال بقواعد العلنية و المنافسة، إضافة إلى ميعاد رفع الدعوى.

1- صفة المدعي: تعتبر الصفة شرطا لازما لرفع أية دعوى قضائية، تثبت الصفة في حالة دعوى الاستعجال قبل التعاقد تثبت الصفة لصاحب المصلحة و للوالي.

صاحب المصلحة: لا تقبل دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا إذا توفرت المصلحة لدى الطاعن، و تتمثل المصلحة في عدم تمكينه المتنافس من استقاء حقه في الاشتراك في المنافسة و نيل حظوظه كاملة للفوز بالصفقة على قدم المساواة و بالتالي تتضرر المصلحة بمجرد أن يسبب الإخلال بقواعد العلنية و المنافسة يؤدي إلى الانتقاص من فرصة المتنافس في نيل الصفقة، تعتبر

(1) - بزاجي سلوى، " رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية، 2012، ص 31، 32.

(2) - المرجع نفسه، ص 32.

(3) - تنص المادة 946 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة قبل إبرام العقد.....".

هذه المصلحة حد أدنى لا يمكن النزول عنه، فلا تقبل الدعوى ممن ليست له أية فرصة للاشتراك في المنافسة، فيجب أن يكون المدعى قد استبعد من الدخول في المنافسة دون وجه حق أو نتيجة لخلل في الإعلان عن الصفقة⁽¹⁾.

الوالي: يتمتع الوالي بحكم القانون بالصفة التي تخوله إخطار قاضي الاستعجال في حالة الإخلال بقواعد العلنية و المنافسة التي تخضع لها إبرام الصفقات، و ذلك إذا تعلق الأمر بصفقات الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المحلية، و الواقع أن تمييز المشرع بين صفقات الإدارة المحلية و صفقات الإدارة المركزية يثير إشكال، بحيث خص المشرع الأولى وحدها بإمكانية تحريك رقابة القاضي الاستعجالي من طرف الوالي، هذا التمييز لا يقوم على مبررات منطقية إذ أن الرقابة على الصفقات هي مسألة هامة و ضرورية سواء تعلق الأمر بالصفقات المحلية أو المركزية.

2- وجود إخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة :

يراقب القاضي الاستعجالي المنازعات الناشئة عن الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة و هي منازعات تنشأ في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، بالتالي فإن المنازعات محل رقابة قاضي الاستعجال، هي القرارات الإدارية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، ذلك أن خرق قواعد الإشهار و المنافسة، يعني صدور قرارات: الإعلان عن الصفقة، المنح المؤقت، التصديق، الإبرام معيبة لعدم مراعاتها مبدئي الإشهار و المنافسة، فرقابة منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بقواعد العلنية و المنافسة، تتم بالطعن في إحدى القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة⁽²⁾، و هي القرارات التي تم الاعتراف

(1) -بزاجي سلوى، " رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية ..."، المرجع السابق، ص 36.

(2) - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص 127.

باستقلالية منازعاتها بتطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و بالنتيجة فإن رقابة كل من قاضي الإلغاء و قاضي الاستعجال على منازعات إبرام الصفقة، تنصب على نفس التصرفات، و هي القرارات الإدارية المنفصلة، و هو ما يدفعنا للتساؤل عن خصوصية رقابة القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالمقارنة مع ما كانت عليه الرقابة التقليدية لقاضي تجاوز السلطة.

نص قانون الصفقات على احترام قواعد المنافسة، و تعد المنافسة من مجالات القانون الخاص في الأصل، و قد تم إدخال مصطلح المنافسة في قانون الصفقات كإجراء يمكن النظر إليه من زاويتين، زاوية قانونية، و زاوية اقتصادية، حيث يقصد بالمنافسة في قانون الصفقات، إتباع جملة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بهدف تلبية متطلبات المرفق العام، و من جهة أخرى، هي حرية التعامل في الوصول للطلبات العمومية، بينما ينظر إلى المنافسة في القانون المتعلق بها، حرية الدخول في السوق لكل المؤسسات و منع الممارسات المقيدة لها، و رغم الاختلاف بين المفهومين إلا أن المشرع قد أقام علاقة بينهما و أدخل مفاهيم قانون المنافسة ضمن قانون الصفقات و هو ما يتضح من خلال:

1- التزام المصلحة المتعاقدة بعدم خلق أية ممارسات مقيدة لحرية المنافسة⁽¹⁾، تنص المادة 8/125 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه " يمكن لجنة تقييم العروض رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه يترتب عن منح المشروع هيمنة المتعاقد المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأية طريقة كانت"، ألزم المشرع من خلال هذه المادة لجنة تقييم العروض بالتأكد من عدم إمكانية جعل منح الصفقة سببا للإخلال بالمنافسة في السوق، و في حال ثبوت ذلك، فإنها تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض حتى بعد قبوله.

(1) - كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 77.

2- التزم المصلحة المتعاقدة بالكشف و المعاقبة على ارتكاب الممارسات المقيدة للمنافسة

تلزم المصلحة بالتأكد عند إبرام الصفقة، ألا يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة، قد نالها بفضل استخدام ممارسات مقيدة للمنافسة⁽¹⁾، إذ تنص المادة 10/125 على أنه "...إذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا يبدو منخفضا بشكل غير عادي فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل...".

إن فكرة منع الممارسات المقيدة للمنافسة، هي من الأفكار الأصلية لقانون المنافسة، الأمر الذي يدفعنا للقول بأن قانون الصفقات أخذ بالمنافسة بمفهوم واسع، و لم يكتفي بالمفهوم التقليدي لها في القانون الإداري، و هو ما يعد تطورا هاما لقانون الصفقات، له انعكاسات إيجابية على دور قاضي الاستعجال الإداري الذي يتدخل لرقابة تصرفات الإدارة من زاوية قانون المنافسة، ما أدى إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة يعرف بالقانون العام للمنافسة، و في هذا الشأن دعا محافظ الدولة «*STAHL Jacques Henri*» إلى ضرورة مواكبة القاضي الإداري لهذا الفرع الجديد من القانون، و ذلك بالمحافظة على مفاهيمه التقليدية يضيف إليها مفاهيم قانون المنافسة، و هو ما أكده في خاتمة تقريره بمناسبة قضية «*Million et Marais*»⁽²⁾

(1) - **كتو محمد الشريف**، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 79.

(2) - «...continuer à jouer son rôle dans l'élaboration du droit des services publics ... les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marché, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons-nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre voix. Pour cela encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public centrée sur l'usager, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence» - **Voir: CABANES Christophe, NEVEU Benoît**, Droit de la concurrence dans les contrats public, LE MONITEUR, PARIS, 2008, p 227.

تماشياً مع هذا التطور فقد شهد تعديل القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾ سنة 2008 إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه، الأمر الذي أدى إلى سريان القواعد و الضوابط المنظمة للمنافسة على الصفقات العمومية من تاريخ الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي⁽²⁾.
بالنتيجة، يمكن القول أن ما يميز رقابة القاضي الإداري على القرارات المنفصلة بموجب دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هو تطور هذه الرقابة باحتوائها مفاهيم جديدة يعود أصلها لقواعد القانون الخاص، فلا يكتفي بالرقابة على العيوب التقليدية للقرارات الإدارية، إنما يراقب فضلاً عنها مدى احترام قواعد المنافسة و العلانية.

3- شرط الميعاد

لم يحدد المشرع أجلاً معيناً لرفع دعوى الاستعجال في حال الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة، غير أن الملاحظ أن المادة 946 من القانون 08-09 نصت على إمكانية إخطار المحكمة الإدارية "إذا أبرم العقد أو سيبرم"، بالتالي تظل إمكانية رفع الدعوى قائمة، حتى بعد إبرام العقد، فإذا كانت الغاية من تخصيص منازعات إبرام الصفقات العمومية برقابة استعجالية خاصة و عدم الاكتفاء بالرقابة التقليدية، هو مسايرة خصوصية الصفقات العمومية التي تتطلب تدخل القاضي قبل إبرام العقد، فما الجدوى من فتح باب الرقابة بعد إتمام العقد؟، لاسيما أن قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات إبرام العقود الإدارية، تقتضي اختصاص قاضي العقد بمجرد إبرام العقد.

(1) - أمر رقم 03-03 مؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 2003/07/20، معدل و متمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 2008/06/25، ج ر عدد 36 الصادر في 2008/07/02.

(2) - بودريوه عبد الكريم، "مدي مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحية دولة متدخلة أم ضابطة أم مترددة"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية"، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة جيجل، 30-01 ديسمبر 2011 ص 163.

الفرع الثاني:

سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد.

نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على سلطات قاضي الاستعجال في الدعوي الاستعجالية المتعلقة بحالة الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة في مجال الصفقات العمومية، يقابل هذه المادة في التشريع الفرنسي نص المادتين L 551-1 و L 551-2 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي⁽¹⁾، و رغم أن المشرع الجزائري قد تأثر بأحكام القضاء الاستعجالي التي جاء بها التشريع الفرنسي، إلا أن الملاحظ أنه، فيما يتعلق بمسألة صلاحيات قاضي الاستعجال في مواجهة الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة، فإنه يسجل وجود اختلاف بين سلطات التي منحها المشرع الجزائري لقاضي الاستعجالي بموجب المادة 946 و السلطات التي منحها المشرع الفرنسي لقاضي الاستعجال في نفس المسألة.

1: سلطات قاضي الاستعجال وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

تتلخص سلطات قاضي الاستعجال في مواجهة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة في: توجيه الأوامر للمتسبب في الإخلال تتضمن الامتثال لالتزاماته، فرض الغرامة التهديدية، و تأجيل إمضاء العقد.

1- توجيه أوامر للمتسبب في الإخلال تتضمن الامتثال لالتزاماته

(1)- **Voir** : Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, sur :

Mhtml://D:User/DATA/Bureau/jj/LOI no 2000-597 du 30 juin 2000 relatives au référé devant les juridictions administratives.

كان مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى وقت قريب قاعدة تحكم سلطات القاضي الإداري، ترجع هذه القاعدة أساسا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقتضي عدم تدخل القاضي الإداري في عمل الإدارة بأن يحل محلها أو يوجه لها أوامر أيا كان مضمونها.

استقر القضاء الإداري في الجزائر (الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا و مجلس الدولة)، على عدم جواز إصدار القاضي الإداري أوامر للإدارة، فعند لرقابة القاضي الإداري للقرار الصادر عن الإدارة يكتفي بإلغائه في حالة عدم مشروعيته دون إصدار أية أوامر للإدارة، فقد جاء في أحد قرارات مجلس الدولة أنه: " لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة "(1).

تشكل قاعدة عدم جواز إصدار القاضي أوامر للإدارة قيودا على عمل القاضي الإداري، تجعل رقابته على عمل الإدارة تفتقد في كثير من الأحيان للفعالية، غير أنه و بصدر القانون 08-09 منح المشرع قاضي الاستعجال الإداري صراحة صلاحية توجيه أوامر للإدارة، تتضمن هذا الأوامر إلزام المصلحة المتعاقدة بالامتثال للالتزامات الإشهار و المنافسة التي أخلت بها، و بذلك تنتوع الأوامر ، كالأمر بنشر الإعلان عن الصفقة بالإشهار الصحفي، إعادة النشر مستوفيا للشروط القانونية كالبيانات الإلزامية، أو بقبول مرشح تم استبعاده دون مبرر مقبول أو استبعاد مرشح مقبول لعدم توفر شروط قبوله، هذه الأوامر تكون متبوعة بالأجل الذي يجب أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ الأمر خلاله.

تعد الأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال ذات طبيعة موضوعية، أي أنها تدابير نهائية تمس أصل الحق و ليست مجرد تدابير تحفظية مؤقتة(2) و هذا ما يجعل دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية دعوى ذات طبيعة خاصة فهي دعوى متميزة عن دعوى الاستعجال العامة، فهي تفتقد عنصر أساسي من عناصر الدعوى الاستعجالية العامة، هو عنصر عدم المساس بأصل الحق.

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط 4، دار هوم، الجزائر، 2009، ص ص 446-449.

(2) - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص 133.

ب- الحكم بالغرامة التهديدية:

تظهر الممارسة العملية أن الإدارة في كثير من الأحيان لا تستجيب لأحكام القضاء، فقد تماطل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الأوامر التي أصدرها قاضي الاستعجال خلال المدة المحددة، و تقاديا لذلك، فإن القاضي الإداري يلجأ إلى فرض الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية للضغط على المصلحة المتعاقدة لتنفيذ هذه الأوامر.

كان القضاء الإداري في الجزائر قبل صدور القانون 08-09، مترددا في إمكانية فرض القاضي الإداري الغرامة التهديدية على الإدارة، فقد سلّم في حالات نادرة بإمكانية الحكم بالغرامة التهديدية، لكنه في أغلب الأحيان، كان يرفض فكرة جواز فرض الغرامة التهديدية إعمالا لمبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة، فقد قضت المحكمة العليا بأن "... الغرامة التهديدية غير مبررة ضد الدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ..."(1).

بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإنه لم يترك أي مجال للشك في سلطة قاضي الاستعجال في فرض الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة.

ج- تأجيل إمضاء العقد

وفقا للمادة 946 من القانون 08-09، يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر المصلحة المتعاقدة بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات التي أمر بها، و لمدة لا تتجاوز 20 يوما.

ثانيا: صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري وفقا لقانون العدالة الإدارية.

(1) - نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط 4، دار هوميه، الجزائر، 2009، ص 499.

حددت المادتان L551-1 و L551-2 من قانون العدالة الإدارية⁽¹⁾ هذه الصلاحيات، وفقا لهاتين المادتين فإنه إذا توصل قاضي الاستعجال إلي وجود إخلال بهذه القواعد يتخذ نوعين من التدابير، تدابير مؤقتة و تدابير نهائية.

1 - تدابير مؤقتة :

تشمل هذه التدابير تأجيل التوقيع على العقد و وقف إبرام الصفقة.

أ - تأجيل التوقيع على العقد: أول صلاحية يتمتع بها القاضي الاستعجالي لمواجهة

الإخلال بقواعد العلانية و المنافسة هي تأجيل التوقيع إلى غاية إتمام الإجراءات الناقصة.

ب - وقف إبرام الصفقة: تشمل سلطة الوقف التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي كل

إجراء أو قرار يهدف إلى إبرام العقد، فوفقا لنص المادة L521-1 من قانون العدالة الإدارية،

(1) **Art.L. 551-1:** « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public.

Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

Art.L. 551-2.« Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

Voir : [Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique).

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?commun=CJUSAD&art=L551-1>.

يستطيع القاضي الإداري الحكم بوقف أي قرار إداري يتعلق بإبرام الصفقة شرط أن يبرر الوقف بحالة استعجال⁽¹⁾.

أما بالنسبة لصلاحيه فرض للغرامة التهديدية، فقد تم تكريسها كتدبير يتخذه القاضي الإداري لحث الإدارة على الاستجابة لأحكام الصادرة ضدها منذ سنة 1980، أي أن المشرع الفرنسي اعترف للقاضي الإداري بصلاحيه التهديد المالي للإدارة قبل صدور قانون العدالة الإدارية و ذلك بالنسبة لكل أنواع النزاعات.

2 - تدابير نهائية (قطعية): تشمل إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد حذف الشروط أو التعليمات المتضمنة محاباة لصالح أحد المتنافسين.

1 - إلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد: بموجب هذه الصلاحيه، يستطيع القاضي الاستعجالي إلغاء أي قرار إداري يتصل بتنفيذ الصفقة، و هي صلاحيه هامة و خطيرة في نفس الوقت، لأنها تؤدي إلى الوقف التام لعملية إبرام الصفقة، لكن رغم خطورة هذه السلطة، فإن القضاء الإداري الفرنسي لم يعمل على الحد منها، بل إن مجلس الدولة قرر صراحة أنه لا يشترط إثبات صعوبة إصلاح الضرر الذي قد ينتج عن تنفيذ القرار الملغى، لأنه بتقرير هذا الشرط سيحد من فعالية سلطة القاضي الاستعجالي.

ب- حذف الشروط أو التعليمات المتضمنة محاباة لصالح أحد المتنافسين⁽²⁾:

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سيتم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي لمصلحة أحد المتنافسين.

(1)- **AUBY Jean-Bernard**, « Un acte administratif ne peut affecter les contrats en cours », *Juris Classeur, Droit administratif*, N° 5, 2004, p 17.

(2)- **GRELIER BESSMANN Patricia**, *Mémento des marchés publics*, 2^e édition, EYROLLES, 2003, p 133.

يلاحظ أن صلاحيات قاضي الاستعجال، تصل إلى أقصى مداها، بحيث يتحرر من أهم قيود المفروضة عليه في الدعوى الاستعجالية العادية كقيد عدم المساس بأصل النزاع و قيد عدم عرقلة تنفيذ قرار إداريين، فقد كان هدف المشرع الفرنسي من ابتداء دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وضع نظام مميز للتقاضي يمكنه مسايرة خصوصية عملية إبرام الصفقات.

بإجراء مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي، يمكن ملاحظة أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة و وضوح في تحديد صلاحيات قاضي الاستعجال، فالمشرع الجزائري اكتفى بالنص على صلاحية توجيه أوامر للمتسبب في الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة للامتثال للالتزاماته، و على عكس ذلك فإن المشرع الفرنسي كان واضحا في منح الصلاحية للقاضي، بإلغاء القرارات ذات الصلة بتكوين العقد و أكثر من ذلك نص صراحة على صلاحية القاضي للتدخل في البنود التعاقدية و إلغاء ما تضمن منها محاباة أو أي شكل من أشكال الإخلال بالمنافسة.

الفصل الثاني:

الرقابة على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

تدخل الصفقة بعد إتمام إبرامها من طرف المصلحة المتعاقدة وفقا للخطوات التي يتطلبها القانون وبمراعاة الإجراءات اللازمة، مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ، أي دخول العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد حيز التطبيق.

يسعى خلال هذه المرحلة كل طرف إلى تحقيق أهدافه من إبرام الصفقة، فهدف المصلحة المتعاقدة هو تحقيق المصلحة العامة، لذلك فإنها تضغط على المتعامل المتعاقد باعتبارها صاحبة المشروع -بكل الوسائل التي تملكها- لحثه على تنفيذ الصفقة وفقا للكيفية التي تراها محققة للمصلحة العامة، أما المتعامل المتعاقد فإن هدفه الرئيسي هو الحصول على أكبر ربح ممكن، فيؤدي هذا التعارض في المصالح إلى قيام المنازعة بين طرفي الصفقة.

يتعلق موضوع منازعات إبرام الصفقة بإخلال أحد الأطراف بالتزاماته، ذلك أن الصفقة عقد يولد حقوق و التزامات متبادلة في ذمة الطرفين، لذلك يعد إخلال أحد الأطراف بالتزاماته اعتداء على حقوق الطرف الآخر.

تخضع هذه المنازعات لرقابة قاضي العقد، فالصفقة العمومية هي عقد بنص القانون⁽¹⁾، و يعد العقد تصرفا ناتجا عن توافق إرادتين، فيولد للمتعاقد حقوق شخصية، فأيا كان محل المنازعة القائمة بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة فإن المتعامل يهدف

(1) - تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة، تبرم وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

من خلال تحريك رقابة القاضي الإداري إلى طلب تحديد مركزه الذاتي أو الشخصي أي تحديد حقوقه بصفة كاملة للحصول على جبر الضرر الذي أصابه.

يتفق محل منازعات الصفقات العمومية مع طبيعة القضاء الكامل، و بذلك استقر القضاء و الفقه الإداريان على أن رقابة القاضي الإداري على منازعات العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية هي رقابة القضاء الكامل، كما اصطلح على إطلاق تسمية قاضي العقد على القاضي الإداري الفاصل في منازعة العقد الإداري، ذلك أن القاضي الإداري يختص بالنظر في كل منازعة ناشئة عن العقد بمجرد إبرامه، و هذا إذ تم تنفيذ الصفقة بشكل عادي (المبحث الأول)، كما يراقب منازعات الصفقة في حالة فسخها أو بطلانها (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

رقابة قاضي العقد على منازعات التنفيذ العادي للصفقات

تعد رقابة قاضي العقد الرقابة الأصلية للفصل في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، و لا تعد الصفقات العمومية استثناء عن هذه القاعدة، بذلك فإن أية منازعة تقوم بين طرفي الصفقة تخضع لاختصاص قاضي العقد، أي أن القاضي الإداري تنظر في هذه المنازعة باعتبارها من دعوى القضاء الكامل، غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة في أي نص قانوني على طبيعة رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقة، و لم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الذي نص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى القضاء الكامل، دون أن يفصل في أنواع الدعاوى التي تتدرج في مجال القضاء الكامل، و من المعلوم أن القضاء الكامل يشمل إلى جانب دعاوى العقود الإدارية أنواع أخرى منها دعوى المسؤولية، على خلاف هذا الوضع فقد ورد اختصاص القضاء الكامل في القانون المصري بمنازعات العقود الإدارية بنص صريح.

يتوزع الاختصاص برقابة منازعات تنفيذ الصفقة في حالة التنفيذ العادي للصفقة، بين قاضي الموضوع (المطلب الأول)، و قاضي الاستعجال الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

رقابة قاضي الموضوع على منازعات تنفيذ الصفقة

يراقب القاضي الإداري و يفصل في المنازعات الموضوعية الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية، تندرج هذه المنازعات ضمن دعوى القضاء الكامل، و يتعلق مجالها بعملية تنفيذ الصفقة العمومية، إذ يشتمل تنفيذ الصفقة العمومية على حقوق و التزامات تقع على طرفي الصفقة (المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد)، فإذا أخل أي طرف بالتزاماته ينشأ الحق للطرف الآخر للمطالبة بتنفيذ هذه الالتزامات على اعتبار أن التزامات كل طرف تعد حقوقا للطرف الآخر، إلا أن مركز طرفي الصفقة العمومية باعتبارها عقدا إداريا غير متساوي، فالمصلحة المتعاقدة تمثل سلطة إدارية، و تتمتع بنتيجة بامتيازات السلطة العامة التي يقررها القانون العام، في حين يعد المتعامل المتعاقد من أشخاص القانون الخاص، فيحتل المركز الأضعف في العلاقة التعاقدية، يترتب عن هذا التباين بين الطرفين أن المصلحة المتعاقدة تملك الوسائل الكفيلة بإلزام المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، عكس المتعامل المتعاقد فليس أمامه سوى اللجوء إلى القضاء الإداري لاقتضاء حقوقه، سواء تعلق الأمر بالحقوق المالية (الفرع الأول)، أو بمنازعة التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة على خلاف التزاماتها التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرقابة على منازعات دفع مستحقات المتعامل المتعاقد

تعد المبالغ التي يتلقاها المتعامل من المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ موضوع الصفقة من أهم حقوقه، إذ تشكل الدافع الرئيسي لإقبال المتعاملين على إبرام الصفقات.

تلزم المصلحة المتعاقدة بدفع المبلغ الأصلي للصفقة، و مبلغ الملحق في حالة وجوده، كما تلزم بمراجعة أو تحيين السعر الأصلي للصفقة إذا تحققت الشروط اللازمة، في حالة رفض المصلحة المتعاقدة دفع أي من هذه المستحقات تنشأ المنازعة بين الطرفين، فتخضع هذه المنازعة لرقابة قاضي العقد.

أولاً- الرقابة على دفع مقابل تنفيذ الصفقة

يتلقى المتعامل المتعاقد مقابل التنفيذ المطابق الثمن المتفق عليه مسبقاً ضمن بنود الصفقة، فالمتعامل الذي أنجز موضوع الصفقة على النحو المطلوب، يكون مديناً للمصلحة المتعاقدة بالمقابل المتفق عليه، و الواقع أن القانون لم يترك مجالاً لنشوء المنازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل بخصوص مسألة دفع مقابل التنفيذ، فالمرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾ ألزم كل مصلحة متعاقدة بأن تحدد حاجياتها الواجب تلبيتها مسبقاً قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة، كما أنه وفقاً لمبادئ قانون المحاسبة (مبدأ التخصيص النفقات العامة) لا يحق للإدارة الالتزام بنفقة لا اعتماد لها في الميزانية، فيمنع عليها توقيع اتفاق من شأنه أن يربط نفقات لم يسبقها اعتماد⁽²⁾، يحقق الالتزام بهذه القاعدة مزاياه لطرفي الصفقة، فبالنسبة للمصلحة المتعاقدة فإنها تتفادى الالتزام بأعباء تفوق قدرتها المالية، أما بالنسبة للمتعامل المتعاقد فإنه يتوقى مخاطر تماطل المصلحة المتعاقدة في الدفع.

تعد رغم ذلك منازعة دفع مقابل تنفيذ الصفقة من أكثر المنازعات شيوعاً التي تقوم بين طرفي الصفقة، فكثير ما ترفض المصالح المتعاقدة دفع الحقوق المالية للمتعاقد، بحجة عدم توفر المبالغ اللازمة، و رغم أن القانون واضح و صارم في مسألة تسديد المستحقات إذ

⁽¹⁾ - تنص الفقرة الأولى من المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236: "تحدد حاجيات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة..."

⁽²⁾ - فنينش محمد الصالح، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، بحث لنيل درجة الماجستير في الإدارة و المالية، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية، دت، ص 10-11.

يمكن للمقاول تقديم وضعيات الأشغال المنجزة فيحدد أجل الدفع بمدة أقصاها 30 يوما من تاريخ إيداع الوضعيات، إلا أن واقع قطاع الأشغال العمومية أثبت أن المقاولات تعاني من الناحية المالية بسبب التأخر المستمر في تسديد مستحقاتها المالية و تراكم التأخرات، ما أدى إلى وقوعها غالبا في ذائقة مالية، فتجبر إما على توقيف الأشغال، أو فسخ الصفقة، أو الدخول في نزاع مع المصلحة المتعاقدة، أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز، فالنتيجة الحتمية تكون التأخر الكبير في إنجاز الأشغال⁽¹⁾.

تلجأ المصلحة المتعاقدة في حالات أخرى إلى التهرب من الدفع باستعمال أساليب بيروقراطية، فقد ترفض الدفع متذرة بعدم التأشير على الفاتورة، و في هذا الشأن أكد مجلس الدولة أن العبرة في الدفع بتنفيذ الالتزام تنفيذا مطابق لما اتفق عليه⁽²⁾.

غير أن المجلس أكد مرارا في أحكامه، أن التنفيذ ما لم يكن له ما يثبت، يصبح عند المنازعة حوله أمام القضاء دون جدوى⁽³⁾، إذ يتضح من خلال أحكامه أهم المسائل التي تجعل المتعامل في وضع قانوني يرجح كفة المنازعة لمصلحته و تتمثل في :

* الحرص على الحصول على وثيقة أمر الشروع في الخدمة (ODS) بالنسبة لصفقات الأشغال، أو سند الطلب بالنسبة لصفقات التوريد، فبدون هذه الوثيقة لا يمكن إلزام المصلحة المتعاقدة بالدفع مهما كان التنفيذ سليما⁽⁴⁾.

(1) - حططاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية لتجسيد برنامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2004"، أبحاث المؤتمر الدولي حول تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل، الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2004، ص21. أنظر: WWW.univ-ecosetif.com/Article-546.html

(2) - قرار رقم 066331، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2012/03/15، في قضية مكتب الدراسات BETARS ضد ولاية بومرداس (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 045576، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2009/03/18، في قضية رئيس بلدية أنسيغة ولاية خنشلة (قرار غير منشور).

(4) - قرار رقم 049432، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10 في قضية مقاوله الأشغال العمومية و العمارات و الري (س أ) ضد والي ولاية وهران و من معه، (قرار غير منشور).

* التأكد من مطابقة مضمون الوثائق المتعلقة بما طلبته الإدارة من أشغال أو توريدات مع الوثائق التي يملكها المتعامل، إذ أكد مجلس الدولة أنه: "... باختلاف مضمون الوثائق في معاملات مختلفة... فإنه يؤدي حتما إلى القول أن المعاملات التي يطالب المستأنفة تسديد مقابلها جاءت مخالفة للقوانين..."⁽¹⁾، كما جاء في قرار آخر: " أن التأشير على الفواتير لا يمكنه الأخذ بها مادام لم يثبت سابق الأمر مطابقة السندات لمحتوى الفواتير"⁽²⁾

* الحرص على الحصول على الوثائق و التأشير عليها من الموظف المؤهل، فلا يكفي أن يكون الموظف منتميا إلى المصلحة المتعاقدة، بل يجب أن يكون مختص بالقيام بالتصرف، فقد أكد مجلس الدولة في أحد قراراته أن "... الوثائق التي قدمتها المستأنف عليها لمطالبة مستحقاتها تعتبر غير رسمية لأنها وردت من طرف شخص غير مؤهل لأن طلب الشراء يكون ممضى من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأمين العام و أن وصول الاستلام تكون ممضية من طرف رئيس المخزن و المكلف بالعتاد..."⁽³⁾

* إعدار المصلحة المتعاقدة المدينة بدفع المستحقات لتقاضي سقوط الحق بالتقادم، لأن إثبات الإعدار كاف لقطع التقادم⁽⁴⁾.

لا يقع علي المصلحة المتعاقدة التزام بأداء المقابل المادي للصفقة فحسب بل تلتزم أيضا بعدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام⁽⁵⁾، و في حالة الإخلال بهذا الالتزام فإن المتعامل

(1) - قرار رقم 048888، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10 في قضية شركة اللافتات و إشارات الطرق و البيئة ش ذ م م ضد ولاية الجزائر، (قرار غير منشور).

(2) - قرار رقم 050305، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2009/12/10 في قضية بلدية رأس العيون ضد مقاوله الاتصالات (ط ع) (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 04529، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2009/02/11 قضية بلدية حاسي الرمل ضد مؤسسة فلوبيكس للتجهيزات المكتبية و الكهرومنزلية (قرار غير منشور).

(4) - قرار رقم 049432، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10 في قضية مقاوله الأشغال العمومية و العمارات و الري (س أ) ضد والي ولاية وهران و من معه، (قرار غير منشور).

(5) - خليفة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 102.

في لا يستحق مبلغ الصفقة الأصلي فحسب، إنما يستحق كذلك مبالغ تغطي فترة تأخر المصلحة المتعاقدة في الدفع، لذلك منح المشرع من خلال المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعامل- و دون إلزامه بأي إجراء- الحق في الاستفادة من الفوائد التأخير التي تزداد قيمتها الفوائد طالما لم تصرف المصلحة المتعاقدة مبالغ الدفع على الحساب، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 89 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ثانيا- الرقابة على دفع مقابل الملحق

سمح المشرع للمصلحة المتعاقدة بتعديل الصفقة عن طريق الملحق⁽¹⁾، فقد نصت المادة 102 من المرسوم 10-236 على أنه: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، في كثير من الأحيان يتضمن الملحق زيادة التزامات المتعامل، فتلتزم المصلحة المتعاقدة بالضرورة بدفع مقابل الالتزامات الجديدة.

اشتترطت المادة 105 من المرسوم 10-236 وجوب إبرام الملحق في حدود آجال تنفيذ الصفقة، يثير هذا الشرط من الناحية العملية إشكالية، يرجع سببها إلى تناقضه مع متطلبات الواقع العملي، إذ أنه لا يمكن إعداد ملحق للصفقة إلا بعد إكمال المشروع و تعيين الأشغال التي تتدرج ضمن الملحق و حساب كميتها، بالمقابل لا يمكن للمتعامل الشروع في إنجاز العمليات الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق و تمت المصادقة عليه من طرف اللجان المختصة و كذا المراقب المالي، و أخيرا يصدر أمر بالخدمة للمتعامل للشروع في الإنجاز.

لتجاوز هذه الإشكالية، فإن الحل المتبع في الواقع يكون على حساب مصلحة المتعامل، إذ يلزم المتعامل من قبل المصلحة المتعاقدة بمباشرة الأشغال الإضافية التي قد تكون مبالغها هامة مقارنة بمبلغ الصفقة الأصلية دون أن يملك أي وثيقة رسمية تسمح له

¹ - «L'avenant est un contrat qui a pour objet de modifier un contrat en cours»,
RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 2^e édition, LGDJ, PARIS, 1999, p 208.

بفترة مبالغ تلك الأشغال، و بعد انتهاء المشروع تبدأ عملية إعداد الملحق من طرف الموظف المكلف بالدراسة و المتابعة ليمر على العديد من المصالح و الهيئات الرقابية، ليتم في النهاية المصادقة على الملحق و منح المتعامل أمرا شكليا للانطلاق في أشغال الملحق، كل هذه الخطوات و المراحل قد تستغرق أشهرا عديدة و ربما سنوات ليتم في النهاية المصادقة على الملحق، و بالتالي حرمان المتعامل من مبالغ هامة لفترة زمنية طويلة، الأمر الذي يؤثر سلبا على التوازن المالي للصفقة. و لأن المتعاقد لا يملك الوثائق اللازمة لإثبات تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الملحق، فإنه لا جدوى من اللجوء إلى رقابة قاضي العقد، لأنه في حال غياب هذه الوثائق يعتبر القاضي طلبات المتعامل غير مؤسمة.

ثالثا- الرقابة على منازعات تطبيق بندي التحيين و المراجعة:

نصت المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236 على إمكانية تحيين السعر الأصلي للصفقة أو مراجعتها إذا توفرت شروط معينة، فتثور المنازعة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها بسبب رفض المصلحة المتعاقدة تطبيق صيغة التحيين أو المراجعة.

1- الرقابة على منازعة التحيين

يحق للمتعامل المتعاقد الذي توفرت له شروط التحيين و في حال رفض المصلحة المتعاقدة تحيين سعر الصفقة، اللجوء للقاضي الإداري لمطالبة بتطبيق صيغة التحيين، يتأكد قاضي العقد من توفر الشرطين المحددين في المادة 65 و هما:

1 - أن تكون الفترة الفاصلة بين التاريخ المحدد لإيداع العروض و تاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة (1) تفوق مدة تحضير العروض زائد ثلاثة أشهر.

2- تغير الظروف الاقتصادية.

(1) - لا تشير المادة 65 سوى للأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، إلا أنه يحل محله في صفقات التوريد وثيقة وصل الطلب.

لكن في حالة عدم وجود بند صريح في الصفقة ينص على إمكانية تطبيق التحيين، هل يمكن لقاضي العقد إلزام المصلحة المتعاقدة بتحيين سعر الصفقة؟

لم يفصل المرسوم الرئاسي 10-236 في هذه المسألة، إذ لم ينص صراحة على الطابع الإتفاقي لبند التحيين، حتى أنه بالمقارنة بين نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236 و المادة 53 من المرسوم 02-250 نجد أن المادة 53 قد اشترطت بصفة ضمنية الاتفاق المسبق على أعمال صيغة التحيين إذ نصت: " يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق مشترك..."، أما المادة 65 من المرسوم 10-236 فقد نصت على أنه: "يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 66 من هذا المرسوم...". و بالتالي يمكن القول أن المشرع قد تراجع عن اشتراط الاتفاق المسبق علي التحيين، غير أنه بالرجوع إلى المادة 66 من المرسوم 10-236 نجدها تنص على أنه: "إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار..."، فيلاحظ عدم الانسجام بين نص المادتين 65 و 66 الأمر الذي يجعل موقف المشرع حول اشتراط الاتفاق المسبق على التحيين غامضا.

ب- الرقابة على منازعات تطبيق المراجعة

تهدف المراجعة إلى تغيير السعر الأولي الذي اتفق عليه المتعاقدان عند إبرام الصفقة لمسايرة التغيرات الاقتصادية التي قد تحدث أثناء تنفيذها.

نصت المادة 64 على وجوب الاتفاق المسبق على مراجعة السعر: " عندما يكون السعر قابلا للمراجعة، يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته..."، أكد مجلس الدولة على اشتراط وجود بند المراجعة، حيث قضي بأنه: "فيما يتعلق بالوضعيات... المتعلقة بمراجعة الأسعار فإن المادة 3/4 من العقد الرابط بين الطرفين تنص على عدم مراجعة

الأسعار و يتعين عدم إجابة المستأنف لطلبه المتعلق بهذه الوضعيات⁽¹⁾، و فضلا عن شرط تضمن الصفقة بند المراجعة يجب كذلك مراعاة الشروط التالية:

- 1 - حدوث تغيرات اقتصادية بعد تبليغ الأمر بالخدمة.
 - 2 - لا تراجع إلا أسعار الخدمات المنفذة فعلا، فلا تمس المراجعة التسبيقات المدفوعة.
 - 3 - أن تكون خارج فترة صلاحية العرض و خارج الفترة التي يغطيها بند التحيين، و ألا تكون أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر ما لم يوجد اتفاق على تحديد فترة أقصر.
- قضى مجلس الدولة بأن: "مراجعة الأسعار تكون لأسباب اقتصادية و يشترط بحكم تطبيقها ضرورة أن تتم المراجعة داخل الآجال المحصورة بين التاريخ الفعلي لإنجاز الأشغال موضوع الصفقة و تاريخ الانتهاء من الأشغال ..."⁽²⁾، كما جاء في قرار آخر: "أن المطالبة بمراجعة الأسعار يكون أثناء تنفيذ الصفقة و ليس بعد الغلق النهائي للحساب..."⁽³⁾.

الفرع الثاني:

الرقابة على منازعات تعويض المتعامل

تعد منازعات التعويض من أكثر أنواع المنازعات التي تعرض على قاضي العقد في مجال الصفقات العمومية، تتعدد أسباب طلب التعويض وفقا لطبيعة الإخلال بالالتزام الذي ترتكبه المصلحة المتعاقدة، و من أهم هذه الأسباب: الإخلال بالتزام حماية التوازن المالي للصفقة، و كذا الإخلال بالتزام تمكين المتعامل من البدء في تنفيذ الصفقة.

(1) - قرار متعلق بقضية (ق ع ا) ضد بلدية غرداية، أشارت إليه أكروم مريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007، ص 87.

(2) - قرار رقم 045359، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2009/02/11 في قضية بلدية بطيوه ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهران (قرار غير منشور).

(3) - قرار رقم 045619، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة بتاريخ 2009/03/18 في قضية الشركة الوطنية لكبريات أشغال الطرق بالرغاية ضد ولاية ورقلة (قرار غير منشور).

أولاً- الرقابة على منازعة حماية التوازن المالي للصفقة

لخص القضاء الإداري أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة في ثلاث أسباب : هي فعل الأمير، الظروف الطارئة و الصعوبات المادية غير المتوقعة.

يعرف فعل الأمير على أنه: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة، و يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه الفقه بصفة عامة المخاطر الإدارية ... "(1).

و يقصد بالظروف الطارئة ظهور أحداث مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية بصورة مفاجئة، تجعل مواصلة تنفيذ الصفقة مرهقا(2).

و تتحقق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عندما يصادف المتعامل -لاسيما في صفقات الأشغال العمومية- صعوبات مادية ذات طابع استثنائي تجعل تنفيذ الصفقة مرهقا.

تنص المادة 115 من المرسوم 10 - 236: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

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

إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، ... "

جعل المشرع التسوية الودية هي الطريق الأصلي لحل النزاعات المتعلقة بالتوازن المالي للصفقة، أي تجنب اللجوء إلى القضاء، و هو موقف يساير الواقع العملي الذي

(1) - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية ، (دراسة مقارنة في

النظرية و التطبيق)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1998، ص 71.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 92.

يفرضه تنفيذ الصفقات، فمن غير المجدي أن ترفض المصلحة المتعاقدة التعاون مع المتعامل لإيجاد حل ودي يضمن استمراره في تنفيذ الصفقة بصفة غير مرهقة، و إجباره على اللجوء إلى المنازعة القضائية رغم ما تسببه من تعطيل في إنجاز الصفقة.

يتأكد قاضي العقد عند رقابته على منازعة التعويض من توفر إحدى أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة، ثم يحكم بتعويض المتعامل بمراعاة مسألتين، أولهما أن حق التوازن المالي للصفقة لا ينظر إليه على أنه التزام المصلحة المتعاقدة بتحقيق توازن حسابي مطلق بين التزامات و حقوق المتعاقد، بل هو التزام بالمساهمة في تحمل جزء من الأعباء التي يفرضها الوضع الجديد، يستهدف عدم ترك المتعامل يواجه هذا الوضع بمفرده، و ثانيهما تختلف قيمة التعويض حسب أساس اختلال التوازن و ذلك كما يلي:

بالنسبة لفعل الأمير: يحكم قاضي العقد للمتعامل بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه⁽¹⁾، فيشمل التعويض ما لحق المتعامل من خسارة و ما فاتته من كسب⁽²⁾.

بالنسبة الظروف الطارئة: يحكم قاضي العقد للمتعامل في حالة الظرف الطارئ بالتعويض جزئي، فيتحمل المتعامل جزءا من الخسارة و تتحمل المصلحة الجزء الآخر⁽³⁾.

لم يعتمد مجلس الدولة الفرنسي نسبة محددة توزع على أساسها الخسارة بين طرفي الصفقة، غير أنه جرى العمل على أن يتحمل الطرف العام النصيب الأكبر من الخسارة⁽⁴⁾، و بذلك يشمل التعويض الذي يتلقاه المتعامل الجزء الأهم من الخسائر الفعلية التي لحقته⁽⁵⁾.

(1) - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية و المالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1983 - 1984، ص 88.

(2) - نفس المرجع، ص 89.

(3) - ZOUAIMIA Rachid, ROUALT Marie Christine, Droit administratif, BERTI éditions, ALGER, 2009, p 190.

(4) - حلمي محمود، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ص 130-132.

(5) - صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ص 123-124.

بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة: تؤدي المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا، مع بقاءه ملزما بتنفيذ موضوع الصفقة، و لا يعفى من هذا الالتزام إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، و في هذه الحالة يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة⁽¹⁾.

يلزم قاضي العقد المصلحة المتعاقدة بدفع تعويض بدفع كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعامل لمواجهة الصعوبات، و فضلا عن التعويض يمكن له إعفاء المتعامل من غرامات التأخير إذا تأكد من أن هذه الصعوبات هي سبب تأخر المتعامل في التنفيذ⁽²⁾.

ثانيا- الرقابة على إخلال المصلحة المتعاقدة بالالتزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ

تتحمل المصلحة المتعاقدة التزاما عاما بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، إذ يعد هذا الالتزام من أبسط واجبات المصلحة المتعاقدة.

يراقب قاضي العقد تنفيذ المصلحة التزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ بالرقابة على عناصره أساسية، و هي تسليم موقع العمل في الوقت المناسب خاليا من أية عوائق، تسليم المواد و الأدوات و الأصناف المتفق عليها، مساعدة المتعامل المتعاقد في الحصول التراخيص اللازمة.

أ- الرقابة على تسليم موقع العمل في الوقت المناسب خاليا من أية عوائق:

تلتزم المصلحة المتعاقدة -لاسيما في صفقات الأشغال العمومية- بتسليم المتعامل موقع العمل المتفق عليه في الصفقة⁽³⁾، و أن يكون خاليا من أية عوائق تجبر المتعامل على إعادة تجهيزه و إزالة ما به من عوائق و هو ما يتطلب منه بذل جهد إضافي بصرف مبالغ لم تتضمنها الصفقة أصلا، فضلا عن استهلاك جزء من مدة تنفيذ الصفقة.

(1) - حلمي محمود، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 135-136.

(2) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 626.

(3) - خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 95.

اعتبر القضاء الإداري إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزام تسليم موقع العمل خاليا من أية عوائق، خطأ عقديا يقيم مسؤوليتها الإدارية، فيعود الاختصاص بهذه المنازعة إلى قاضي العقد، الذي يلتزم الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين، فقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه : "...يولد هذا العقد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل... فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول المدعي أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه..."⁽¹⁾، حدد القضاء الإداري أهم حالات الإخلال بالتزام تسليم موقع العمل منها:

1- عدم تسليم الموقع أو الخرائط أو المخططات الخاصة بالعملية⁽²⁾، و هو يشكل عائقا ماديا، فالمتعامل يحتاج هذه الوثائق للحصول على المعلومات التي تمكنه من اتخاذ احتياطاته ليكون على دراية بطبيعة موقع التنفيذ⁽³⁾، و الواقع أن إخلال المصلحة بهذا الالتزام يكلفها أضرارا هي في غنى عنها، ففي قضية الشركة الجزائرية التي تعاقدت مع شركة أمريكية من أجل إنجاز خط حديدي و أرصفة، و هو المشروع الذي يتطلب خرائط طبوغرافية للمناطق التي سيجري فيها العمل، و رغم سعي الشركة للحصول على هذه الخرائط إلا أن محاولاتها بقيت دون جدوى لسنوات، فكانت النتيجة، تأخرا كبيرا في إنجاز المشروع فضلا عن تحمل الطرف الجزائري مبالغ هامة في شكل تعويضات عن الإخلال بالتزام تقديم المستندات⁽⁴⁾.

2- عدم إخلاء و منع التعرض و إتمام إجراءات نزع الملكية⁽⁵⁾.

(1) - نقلا عن حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

(2) - المرجع نفسه، ص 283.

(3) - معاشو عمار، النظام القانوني لعقود " المفتاح في اليد " بالجزائر، د م ج، الجزائر، 1998، ص 96.

(4) - لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية ارجع: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص 182-183.

(5) - عكاشة حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية و الدولية، مرجع سابق، ص 283.

3- عدم إزالة الشوائب التي قد توجد بالموقع.

ب- الرقابة على تسليم المتعامل مواد أو أدوات لازمة لتنفيذ الصفقة:

يتكفل المتعامل في الأصل بتنفيذ الصفقة و بتوفير ما يتطلبه التنفيذ من مواد و أدوات، غير أنه في حالة إصدار المصلحة المتعاقدة قرارا بسحب العمل من المقاول المتعاقد الأصلي، فإنها تقوم بجرد محتويات موقع العمل من مواد ومعدات و تلتزم بعد ذلك بتسليمها للمتعامل الجديد⁽¹⁾، و يعد إخلالها بهذا الالتزام خطأ عقديا.

ج - الرقابة على مساعدة المتعامل في الحصول على التراخيص اللازمة:

يحتاج تنفيذ الصفقات إلى تراخيص و موافقات من جهات إدارية غير المصلحة المتعاقدة، و رغم أن مساعدة المتعامل في الحصول على التراخيص الإدارية يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف العامة إلا أنه في كثير من الحالات يترك المتعامل دون هذه المساعدة، ما يؤدي إلى تأخر في انطلاق الأشغال، لاسيما بالنظر إلى النمط البيروقراطي الذي يتسم به نشاط الهيآت الإدارية⁽²⁾.

الفرع الثالث:

الرقابة على تصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية

تخضع لاختصاص قاضي العقد كل منازعة تثور بسبب تصرف صدر عن المصلحة المتعاقدة خالفت فيه الالتزامات المنصوص عليها في الصفقة،⁽³⁾ فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة،

(1)- عكاشة حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية و الدولية، مرجع سابق، ص 98.

(2) - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية....، مرجع سابق، ص 184.

(3) - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام التنفيذ و المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2005، ص 305.

من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها، إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل...حتى لو انصب طلب المتعاقد علي إلغاء قرار إداري...⁽¹⁾.

يراقب قاضي العقد مخالفة المصلحة المتعاقدة التزاماتها التعاقدية في حالة الاستعمال التعسفي لسلطتها في توقيع الجزاءات، سواء تعلق الأمر بالجزاءات المالية أو الضاغطة.

أولاً- الرقابة على قرارات توقيع الجزاءات المالية

تعرف الجزاءات المالية بأنها مبالغ يحق للإدارة أن تحصلها من المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية⁽²⁾، و تتمثل في: غرامة التأخير، مصادرة الضمان و التعويض.

أ-الرقابة على فرض غرامة التأخير

تعرف غرامة التأخير بأنها: "مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مسبقاً، و تنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لاسيما فيما يتعلق بالتأخر في تنفيذ العقد"⁽³⁾، و تتمثل شروط فرض الغرامة التأخيرية في:

1- الاتفاق المسبق على غرامة التأخير:

لا يمكن للمصلحة المتعاقدة فرض غرامة التأخير إلا إذ تم الاتفاق عليها مسبقاً، إذ تنص المادة 9 من المرسوم 10-236: "...تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقاً لدفاتر الشروط المذكورة أدناه...".

ترك المشرع مسألة فرض الغرامة و تحديد مقدارها للأحكام التعاقدية للصفقة، على خلاف ذلك نجد أغلب التشريعات العربية تتولى تحديد غرامة التأخير، لذلك يتعين على

(1) - خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 305.

(2) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 509.

(3) -المرجع نفسه 512.

المصلحة المتعاقدة ألا تغفل عن إدراج بند الغرامة نظرا لأهميتها في حث المتعامل على تنفيذ التزاماته، كما لا يمكن لها أن تفرض غرامة تفوق المقدار المتفق عليه في الصفقة أو في دفاتر الشروط حتى لو كان حجم الأضرار التي لحقتها يفوق قيمة الغرامة.

2- خطأ المتعامل المتعاقد:

استقر القضاء الإداري على أن مجرد التأخير في التنفيذ كاف لفرض الغرامة و إن لم يترتب عليه ضرر، و لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم حصول الضرر لأنه أمر منوط بتقدير جهة الإدارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة⁽¹⁾، يعفى المتعامل من الغرامة التأخيرية وفقا المادة 90 من المرسوم 10-236، في حالتين:

1 - حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن التأخر في التنفيذ: و هي الحالة التي

تكون فيها المصلحة المتعاقدة مسئولة عن توقف التنفيذ و بالتالي التأخر فيه⁽²⁾، في هذه الحالة يستلم المتعامل المتعاقد الأمر بتوقيف الأشغال أو استئنافها، تعد هذه الوثيقة ضرورية لأنه لا يمكن إثبات علاقة المصلحة المتعاقدة بالتأخر في التنفيذ إلا بموجب هذه الوثيقة.

2 - حالة القوة القاهرة: تعد القوة القاهرة سببا لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته،

فتؤدي إلى تعليق الآجال مع ضرورة الالتزام بأمر توقيف الأشغال و استئنافها و تحرير شهادة إدارية.

يلاحظ أن المادة 90 من المرسوم 10-236 أشارت إلى القوة القاهرة كحادث وحيد

يعفي المتعامل من الجزاءات المالية، إلا أن القضاء الإداري يعتد بحالات أخرى و هي حالة

(1) - حسن محمد هند، محمد حسن على حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات و المزايدات، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 339.

(2) - بولكور عبد الغني، "المنازعات الناشئة بعد إبرام الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011، ص 248.

الظرف الطارئ و الصعوبات المادية غير المتوقعة، لا تؤدي هاتان الحالتان إلي استحالة التنفيذ، إلا أنهما تجعلان التنفيذ مرهقا فتبرران إعفاء المتعامل من أي جزاء.

3- اتخاذ إجراء فرض الغرامة التأخيرية:

لابد من صدور قرار فرض الغرامة لاستحقاق المصلحة المتعاقدة لها، يراعى في اتخاذه وجوب توفر أركان الاختصاص الشكل و الإجراء، المحل، الغاية و السبب⁽¹⁾.

يميل الفقه و القضاء الفرنسي إلي إلزامية إعدار المتعاقد قبل توقيع الغرامة بحقه، و لا تعفى الإدارة من توجيه الإعذار إلا إذا نص العقد صراحة على ذلك، أو إذا كانت طبيعة العقد أو الظروف التي أحاطت بإبرامه تقتضي هذا الإعفاء، أو إذا كان عديم الجدوى⁽²⁾.

غير أن المادة 36 من دفاतर الشروط الإدارية العامة⁽³⁾، نصت على توقيع غرامة التأخير دون حاجة إلي إعدار المتعامل⁽⁴⁾.

يمكن للمتعامل في حالة خرق المصلحة المتعاقدة شروط فرض الغرامة التأخيرية، اللجوء إلي قاضي العقد، الذي يتولى رقابة قرار فرض الغرامة بالتأكد من الوجود المادي للوقائع أي مدى وجود تأخر في تنفيذ الصفقة، و مدى صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، كما يراقب ملائمة قرار فرض الغرامة أي من التناسب بين حجم التأخر في التنفيذ و مقدار الغرامة و من عدم مبالغة المصلحة المتعاقدة في تقدير خطأ المتعامل.

(1) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 212، 213.

(2) - خطار شطناوي على، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2000، ص 115-116.

(3) - قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل، ج ر عدد 6، صادر في 19 يناير 1965.

(4) - تنص المادة 36 من دفاतर الشروط الإدارية العامة أنه: "إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد العادي من تاريخ انقضاء الأجل التعاقدية للتنفيذ و تاريخ استلام الأشغال المؤقت و دون الإخلال بتطبيق المادة 35 أعلاه".

يتخذ القاضي الإداري الإجراء المناسب بشأنه قرار فرض الغرامة، إذ يتمتع بصلاحيات واسعة باعتبار هذه المنازعة من منازعات القضاء الكامل⁽¹⁾، فقد يقرر إبقاء قرار المصلحة المتعاقدة إذا توصل إلى سلامة قرارها، أو تخفيض قيمة الغرامة حتى تتناسب مع حجم التأخر في التنفيذ و مدته، كما قد يقرر الإعفاء منها كلياً إذا وجد أحد أسباب الإعفاء، في هذا الشأن توصل مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 2006/06/23، إلى اعتبار الغرامات المفروضة على شركة "سوربوا" تعسفية، و أن الإدارة بالغت في تقديرها بحيث أصبح مبلغ الغرامات متفاوت بشكل مفرط بالمقارنة مع مبلغ الصفقة، و بالتالي من صلاحية قاضي العقد التدخل لتعديل مبلغ الغرامات و ردها إلى الحد المعقول⁽²⁾.

ب- الرقابة على جزاء مصادرة الضمان

يتمثل جزاء مصادرة الضمان في حجز و استحواد المصلحة المتعاقدة على التأمينات التي يقدمها المتعاقد معها جراء الإخلال بالالتزامات، تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي و دون اشتراط تحقق ضرر ما⁽³⁾.

يجب ألا يشوب استعمال السلطة توقيع جزاء مصادرة الضمان التعسف أخذاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فلا تتم مصادرة الضمان إلا عند ارتكاب المتعامل الخطأ الذي وضع الضمان تحسباً له⁽⁴⁾، كما يجب على المصلحة الملائمة بين قيمة الضرر و مصادرة التأمين، فلا تلجأ إلى المصادرة لمجرد الإخلال البسيط الذي لا يؤثر على سلامة التنفيذ، فإذا تجاوزت المصلحة هذه القيود كان قرارها غير مشروع و أمكن للمتعامل اللجوء

(1) - خطر شطناوي على، "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها"، مرجع سابق، ص 118.

(2) - MENEMENIS Alain, « Le pouvoir du juge de modifier les pénalités », *Juris Classeur, Droit administratif*, N°11, 2006, p 19-20.

(3) - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 107.

(4) - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص ص 84-86.

إلى قاضي العقد لطلب إبطاله قرار، فقد أكد مجلس الدولة الجزائري على التزام المصلحة المتعاقدة برفع يدها عن الكفالة التي يقدمها المتعامل بمجرد التأكد من حسن إنجاز الأشغال، فقد ذكر في أحد قراراته: "...حيث يتعين مع ثبوت تواجد الكفالتين لدى مصالح المدخل في الخصام...و التأكد من حسن إنجاز الأشغال و مع ثبوت رفض المدعي عليها الاستجابة لطلب المدعية يتعين إلزامها برفع اليد عن الكفالتين لتمكين المدعية من استرجاع مبالغها"⁽¹⁾.

ج- الرقابة على جزاء التعويض

يعد التعويض الجزاء الأساسي لعدم وفاء المدين بالتزاماته، و يقصد به الحكم بمبلغ من المال يغطي الضرر الذي لحق المتضرر، إذ تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى اقتضاء التعويض من المتعامل في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية⁽²⁾.

لم ينص المشرع صراحة على جزاء التعويض كجزاء توقعه المصلحة المتعاقدة باستثناء إشارة ضمنية في المادة 112 من المرسوم 10-236 التي نصت على المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحق المصلحة المتعاقدة بسبب خطأ المتعاقد.

يطرح التعويض إشكال حول دور قاضي العقد في الرقابة على هذا الجزاء، فهل تملك المصلحة المتعاقدة توقيعه بإرادتها المنفردة، و بالتالي يراقب قاضي العقد سلامة قرارها على غرار الجزاءات الأخرى؟ أم أن دور قاضي العقد هو النظر في طلب المصلحة اقتضاء التعويض من المتعاقد، أي أن القاضي وحده يملك سلطة الحكم به؟

في هذا الشأن نجد اختلافا بين ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي و ما ذهب إليه القضاء الإداري في أغلب الدول العربية، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم بحق الإدارة في تحديد التعويض و اقتضائه بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، فتقوم

(1) - قرار رقم 14/00885 صادر عن المحكمة الإدارية لبومرداس، بتاريخ 14/10/07، في قضية المؤسسة الوطنية للسيارات الصناعية ضد ولاية بومرداس و القرض الشعبي الجزائري، (قرار غير منشور).

(2) - درويش حسن، السلطات المخولة لجهة الإدارية في العقد الإداري، المكتبة الأنجلومصرية، مصر، 1961، ص 114. ²

الإدارة بإصدار أوامر الدفع مباشرة إلى المتعاقد الذي يحق له منازعة قرار الجزاء أمام القضاء الإداري، سواء من حيث صحة القرار أو من حيث قيمة التعويض⁽¹⁾.

أما في مصر، فقد جرى العمل أن تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى القضاء الإداري للحكم بالتعويض، فإذا توصلت المحكمة استحقاق الإدارة للتعويض، فإنها تحدد المبلغ الذي تراه كاف لجبر الضرر، فليس لها أن تخصم مبلغ التعويض بنفسها، اعتمد القضاء هذا المسلك بسبب خلو التشريع من نص يخول للإدارة اقتضاء التعويض بإرادتها المنفردة.

لم يتطرق المرسوم الرئاسي 10-236 إلى هذه المسألة، و بالنظر إلى غياب نص صريح يسمح للمصلحة المتعاقدة باقتضاء التعويض بقرار انفرادي، تبقى ملزمة باللجوء إلى قاضي العقد الذي يستطيع وحده إلزام المتعاقد بالتعويض، فيكون دور القاضي في منازعة التعويض هو النظر في طلب المصلحة المتعاقدة التعويض عن إخلال المتعاقد بالتزاماته.

ثانيا- الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة

يراقب قاضي العقد قرارات توقيع الجزاءات الضاغطة، و هي جزاءات مؤقتة لا تنتهي الصفقة، وإنما توكل تنفيذها إلى غير المتعاقد الأصلي و ذلك تحت مسؤوليته و على حسابه ضمانا لسير المرافق العامة. تتخذ الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية مظهرين وفقا للنوع الصفقة، فنجد جزاء سحب العمل من المقاول في صفقات الأشغال العامة و جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد في صفقات التوريد⁽²⁾.

نظمت نصوص دفا تر الشروط الإدارية العامة جزاء سحب العمل من المقاول، حيث نصت المادة 35 على أنه: "إذا لم ينفذ المقاول ما تم الاتفاق على إنجازه فإن للمهندس

(1) - درويش حسن، السلطات المخولة لجهة الإدارية في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 120.¹
(2) - الوهبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية و تطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مطابع الحميضي، الرياض، 2002، ص 261.

الرئيسي بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئيا هذا الوزير يمكنه تبعا للظروف المتخلف دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول⁽¹⁾.

يقصد بجزء الشراء على حساب و مسؤولية المورد: "إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تجاه المورد المتعاقد معها الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب الصفقة المبرمة و في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة و المحددة في العقد، و ذلك بشراء هذه الأصناف على نفقته و تحت مسؤوليته"⁽²⁾.

لم يتضمن أي نص قانوني لاسيما المرسوم الرئاسي 10-236 أحكام جزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد⁽³⁾، رغم أن وجود هذه الأحكام سيقيد سلطة المصلحة المتعاقدة من خلال تحديد شروط و حالات اللجوء إليه، فيسهل بالمقابل رقابة قاضي العقد، و بالتالي يشكل غياب التنظيم القانوني لهذا الجزاء فقدان ضمانات أساسية بالنسبة للمتعاقد. تنصب رقابة قاضي العقد في منازعة توقيع الجزاءات الضاغطة على التأكد من توفر الشروط المبررة لاتخاذ هذا الجزاء و تتمثل في:

1 - خطأ المتعاقد المتعاقد

يأخذ الخطأ التعاقد الذي يخول للمصلحة المتعاقدة سحب العمل من المقاول وفقا للمادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة صورتين، أولهما الإخلال بشروط العقد كعدم

(1) - يلاحظ أن أغلب نصوص القرار المتضمن دفاتر الشروط الإدارية العامة تستخدم مصطلحات لا تتلاءم مع النصوص القانونية السارية حاليا، يرجع السبب في ذلك لكون القرار الصادر سنة 1964 لم يلحقه أي تعديل منذ هذا التاريخ، رغم أنه لا يزال ساريا إلي يومنا هذا.

(2) - سعيد عبد الرزاق باخبيبره، سلطات الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة)، أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجزائر، 2007-2008، ص 262.

(3) - يشمل عدم التنظيم القانوني لجزاء الشراء على حساب و مسؤولية المورد كل النصوص السابقة للمرسوم 10-236.

احترام مدة تنفيذ العقد ما لم يكن التأخير راجعا لسبب أجنبي، و كذلك وقف الأشغال أو التخلي عنها جزئيا أو كلياً⁽¹⁾، ثانيهما عدم احترام المقاول للأوامر المصلحية⁽²⁾.

يعد الخطأ جسيما في صفقات التوريد، إخلال المورد بالتزاماته لاسيما تأخره في تسليم الأصناف المتعاقد عليها، اللجوء إلى التعامل الثانوي دون موافقة المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

ب - وجوب إعدار المقاول

تلتزم المصلحة المتعاقدة بإعدار المقاول قبل اتخاذ جزاءات الضاغطة ، فالإعدار يعد الإجراء يضع المدين في حالة المتأخر عن تنفيذ الالتزام قانونيا⁽⁴⁾، تنص المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10- 236 على وجوب توجيه إعدارا للمتعاقد ليفي بالتزاماته مع تحديد أجل لذلك.

فضلا عن هذين الشرطين، تلتزم المصلحة المتعاقدة باتخاذ إجراء توقيع الجزاء و ذلك بإصدار قرار توقيع الجزاء⁽⁵⁾.

المطلب الثاني:

رقابة الاستعجال التعاقدية.

تحتل رقابة قاضي الاستعجال في المواد الإدارية مكانة مميزة في مجال رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، يرجع السبب في ذلك إلى الدور الذي تلعبه هذه الرقابة في

(1) - حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، (في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم)، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص289.

(2) - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 123.

(3) - حدادة فيروز، التعامل الثانوي في صفقات التوريد في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 137.

(4) - سعيد عبد الرزاق باخبيهر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 80.

(5) - عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري، د م ج، الجزائر، 1985، ص 21.

إحداث نوع من التوازن بين مركز الإدارة و ما تملكه من امتيازات و سلطات خطيرة، و مركز الشخص الخاص الذي يتميز بضعفه في مواجهة الإدارة، تتطوي الصفقات العمومية على العديد من الحالات التي يجد فيها المتعامل المتعاقد نفسه في حاجة ماسة إلى حماية وقتية و سريعة تضمنها الرقابة قاضي الاستعجال، في هذا الشأن يشترط لاختصاص القاضي الاستعجال الإداري بالنظر في منازعات الصفقات العمومية وجوب توفر شروط الاستعجالية العامة كأى منازعة إدارية عامة (الفرع الأول)، فإذا توفرت هذه الشروط و تحقق اختصاص قاضي الاستعجال الإداري، فإنه يستطيع اتخاذ أي من التدابير التي تتماشى مع طبيعة المنازعة الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

شروط اختصاص قاضي الاستعجال التعاقدية.

لا تخرج إن الشروط اللازم توفرها لاختصاص قاضي الاستعجال الإداري بالفصل في المنازعة التعاقدية المستعجلة المتعلقة بالصفقات العمومية عن الشروط المطلوبة لتحقيق اختصاصه في أي منازعة إدارية مستعجلة، تتلخص هذه الشروط في: شرط الاستعجال (أولاً)، شرط عدم المساس بأصل الحق (ثانياً)، شرط عدم المساس بالنظام العام (ثالثاً) و شرط رفع الدعوى في آجال معقولة (رابعاً).

أولاً- شرط الاستعجال

بالرجوع إلى النصوص القانونية في الجزائر و بعض التشريعات المقارنة، نجد أن المشرع عندما يتطرق إلى شرط الاستعجال فإنه يسرد أهم حالاته، أي أنه يحدد مفهوم الاستعجال انطلاقاً من حالات محددة على سبيل المثال دون أن يضع تعريفاً عاماً للاستعجال، فالمواد 919، 920، 924 و 925 من القانون 08-09 لم تحدد تعريفاً شاملاً

لشروط الاستعجال، و اكتفت بالتأكيد على أن الاستعجال يعتبر شرطا جوهريا لرفع الدعوى الاستعجالية، و لا يختلف الأمر بالنسبة للتشريعات المقارنة، فقد أورد قانون مجلس الدولة المصري في مادته 49-01، تعبير " نتائج يتعذر تداركها"، أخذ هذا التعبير أساسا من التشريع الفرنسي، إذ نصت عليه المادة 54 / 4 من المرسوم 63-766 المؤرخ في 30 جويلية 1993 المتعلق بتنظيم و عمل مجلس الدولة، أما قانون 30 جوان 2000 رقم 597-2000 و المرسوم التنفيذي 1115-2000 المؤرخ في 1/1/2000 المدمج في قانون العدالة الإدارية الفرنسية، فقد عبر عن شرط الاستعجال بشرط الضرر الذي لا يمكن تداركه⁽¹⁾.

خلاصة القول أنه لم تقدم النصوص التشريعية، تعريفا دقيقا لشرط الاستعجال، هذا ما يدفعنا للتساؤل هل تنعكس مسألة عدم وضع تعريف قانوني للاستعجال سلبا على دور القاضي الإداري في حماية حقوق المتقاضين؟ يرى عدد من الفقهاء أن عدم وجود تعريف قانوني لشرط الاستعجال يؤدي إلى نتائج محمودة، إذ يرى الأستاذ «*Pronces*» أن ذلك يعطي للقاضي حرية واسعة في التقدير، فيأخذ في اعتباره ظروف كل دعوى، ما يجعله قادرا على إيجاد الحل المناسب على ضوء الوقائع المعروضة عليه⁽²⁾، كما يرى الأستاذ "مسعود شيهوب" أن "أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو صياغة قائمة حصرية لها يعني تقييد القاضي، و أن القاضي هو أقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لن يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال"⁽³⁾.

ثانيا- شرط عدم المساس بأصل الحق

يهدف القضاء الاستعجالي إلى اتخاذ تدابير وقتية تحفظية لحماية الحق الذي يخشى من ضياعه بمرور الوقت، فالقاضي الاستعجالي لا ينظر في أصل الحق، ويقصد بأصل

(1) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية و تطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 11-12.

(2) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، 1995، ص 33-34.

(3) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-نظرية الاختصاص - ج 2، د م ج، الجزائر، 2009، ص 136.

الحق السبب القانوني الذي يحدد حقوق و التزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر ضمن الإطار القانوني، فيمنع إذن على قاضي الاستعجال تناول موضوع الحق بالدراسة و الشرح و التفسير الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني المثار أمامه، و ذلك إما بالتعديل أو التحويل في مركز أحد الطرفين⁽¹⁾، كما يمنع عليه أن يتعرض أثناء تسبب قراره إلى الفصل في موضوع النزاع، فيترك جوهر النزاع سليما يفصل فيه قاضي الموضوع⁽²⁾.

نصت المادة 918 القانون 08-09 على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق..."، جاء نص المادة موجزا فلم يقدم تعريفا لأصل الحق و لم يعطى معيارا للتمييز بين ما هو من أصل الحق و ما سواه، و لصعوبة تحديد هذا المعيار يمكن الرجوع لأحكام القضاء الإداري، للاطلاع التي حكم فيها بتوفر شرط عدم المساس بأصل الحق أو عدم توفره، من بين هذه الحالات في مجال الصفقات العمومية:

1 - طلب المتعامل المتعاقد تعيين خبير بصفة مستعجلة للإطلاع و لإثبات ما تم إنجازه من أشغال لصالح المصلحة المتعاقدة و التي تم استلامها في حالة رفض المصلحة المتعاقدة صرف مستحقات المتعامل المالية كليا أو جزئيا عن أداء تلك الأشغال، وتطبيقا لذلك نجد قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة المؤرخ في 2002/3/30، الذي تقرر بموجبه تعيين خبير لمعاينة الأشغال التي أنجزها المدعي وتقدير قيمتها نقدا⁽³⁾.

2 - طلب الإذن بالحجز التحفظي حماية للحقوق الناشئة عن العقد⁽⁴⁾، فالمصلحة المتعاقدة يمكن أن تلجأ إلى قاضي الاستعجال لاستصدار الإجراءات التحفظية و الوقتية بدلا من أن تقوم بتوقيعها بموجب قرار انفرادي، كالأمر بتنفيذ بعض الأشغال أو وقف

(1) - بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011، ص 303.

(2) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية و تطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 19.

(3) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 70.

(4) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجعه سابق، ص 326.

تنفيذها، كما يمكن في الحالة العكسية ، يأمر القاضي الاستعجالي بناء على طلب المتعامل المتعاقد، بوقف تنفيذ ما اتخذته المصلحة المتعاقدة ضده من إجراءات تعاقدية إذا كان يترتب عن تنفيذها أضرار يتعذر تداركها.

بالمقابل، اعتبر القضاء أن المطالبة بالديون الناتجة عن تنفيذ الأشغال المنجزة في إطار صفقة عمومية تتعلق بأصل الحق و تخرج عن اختصاص القضاء الاستعجالي⁽¹⁾.

كما يعد الفصل في طلب تعديل بند من بنود صفقة عمومية على أساس تفسير ما هو غامض فيها مساسا بأصل الحق و تدخلا في صميم اختصاص قاضي الموضوع⁽²⁾.

ثالثا- شرط عدم المساس بالنظام العام

يمنع على قاضي الاستعجال بمقتضى شرط عدم المساس بالنظام العام أن يأمر بأي تدبير من التدابير التي تمس أوجه النزاع المتعلقة بالنظام العام، و بالعودة أصل وجود هذا الشرط في التشريع الجزائري، نجد أنه تم التأكيد عليه ضمن نص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية⁽³⁾ حيث نصت أنه: " في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي...الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة ... باستثناء ما يتعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام أو الأمن العام..."

(1) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق ص 152.

(2) - بوجادي عمر، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1، 2007، ص 96.

(3) - أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، صادر في 9 يونيو 1966، معدل و متمم بقانون رقم 90-23 مؤرخ في 18 أغسطس 1990، ج ر عدد 36، صادر في 22 أغسطس 1990، (ملغى).

تتميز فكرة النظام العام بكونها فكرة واسعة، فهذا المصطلح تتعدد استعمالاته في مجالات السياسة، الضبط الإداري، الإدارة بوجه عام و حتى القضاء⁽¹⁾، فقد عرف القضاء الجزائري النظام العام بأنه: " مجموع القواعد الضرورية لفظ السلم الاجتماعي"⁽²⁾.

يمكن القول أن فكرة النظام العام غير قابلة للتحديد، هذه الخاصية تؤدي إلى اتساع مجال النظام العام و بالتالي تضيق مجال تدخل قاضي الاستعجال الإداري، هذا السبب جعل المشرع الفرنسي يتراجع في وقت مبكر عن شرط عدم المساس بالنظام العام.

يعد شرط عدم المساس بالنظام العام قيذا غير مبرر على سلطة القاضي، لأنه يخرج مجال النظام العام من اختصاصه مع أنه يعد المجال الخصب لتجاوز السلطة من طرف الإدارة⁽³⁾، و هو المجال الذي يجب أن يؤدي فيه القاضي دوره في الحد من هذا التجاوز.

رغم هذه الانتقادات فقد أشارت المادة 939 من القانون 08-09 إليه بنصها: " خلافا لأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة."، فالمشرع، و إن لم يورد شرط عدم المساس بالنظام العام ضمن شروط الاستعجال ولم يشر إليه صراحة كقيد على اختصاص قاضي الاستعجال، إلا أنه نكر في المادة 939، فقد خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الاستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، على عكس باقي الأوجه.

رابعا: شرط رفع الدعوى في آجال معقولة

أقر الاجتهاد القضائي شرط رفع الدعوى في آجال معقولة، و ذلك كنتيجة حتمية لشرط الاستعجال، المغزى من هذا الشرط أن المتقاضي الذي يلجأ إلى قاضي الاستعجال

(1) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 78.

(2) - فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، إدارة، العدد 26، 2003، ص 32.

(3) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية و تطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 23.

يسعى إلى تجنب طول الفترة التي يتطلبها قضاء الموضوع للفصل في النزاع، فمن الأولي لهذا المتقاضي أن يتجنب هو هدر الوقت، و ذلك برفع الدعوى فور اكتشافه الخطر الذي يهدد حقوقه، على هذا الأساس أقر القضاء قاعدة مفادها أنه لا وجود لحالة استعجال كلما كانت المدة الفاصلة بين حدوث الوقائع و تاريخ رفع الدعوى طويلة، فلا وجود لحالة استعجال طالما أن الطاعن لم يلجأ إلى القضاء بالدعوى الاستعجالية إلا بعد ثلاث سنوات من صدور القرار المطلوب وقف تنفيذه⁽¹⁾، تطبيقاً لهذه القاعدة كذلك، لا وجود لحالة الاستعجال طالما أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح الولاية و ...تقييمها إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة و إسنادها إلى مقاول آخر، إذ أن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها و تقييمها تكون قد تغيرت بسبب شروع المقاول الجديد في الأشغال منذ شهرين كاملين، فقد كان على الطاعنة رفع الدعوى الاستعجالية قبل استلام المقاول الجديد الأشغال و ضياع معالم الأشغال التي أنجزتها الطاعنة بسبب اختلاطها مع الأشغال الجديدة⁽²⁾

الفرع الثاني:

تدابير الاستعجال في مجال تنفيذ الصفقات

إذا انعقد الاختصاص للقاضي الإداري للفصل في الطلب المستعجل الذي يقدمه المتعامل المتعاقد، فإنه يتخذ احدي التدابير الاستعجالية الكفيلة بوقف الضرر المحدق بحقوق المتعاقد، تعد من أهم التدابير القابلة للتطبيق في مجال تنفيذ الصفقات العمومية: إثبات حالة (أولاً)، تدابير التحقيق (ثانياً) و تدبير منح تسبيق مالي (ثالثاً).

(1) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 138.

(2) - المرجع نفسه.

أولاً- إثبات حالة(1)

يقصد بإثبات حالة، تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها إذا طال الانتظار إلى غاية الفصل في موضوع النزاع، و قد اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على اختصاص قاضي الاستعجال بالفصل في طلب إثبات حالة(2).

يرى الأستاذ "مسعود شيهوب" بخصوص عنصر الاستعجال في مادة إثبات الحالة أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي، إذ تخطى عن شرط الاستعجال الذي كان يشترطه للاستجابة لأي طلب من طلبات التحقيق و منها طلب إثبات حالة(3)، غير أن الاستعجال في مادة إثبات حالة لا يزال قائماً، لأنه في الأصل يعتبر إثبات حالة من الطلبات المستعجلة، لأنه ناتج عن الخشية من ضياع معالم أو أدلة واقعية متغيرة المعالم مع الزمن.

يشترط المشرع فضلاً عن الاستعجال، ألا يتجاوز موضوع الطلب المقدم إلى قاضي الاستعجال أكثر من إثبات وقائع مادية، و هي الوقائع التي يلاحظها الخبير المكلف بإثبات حالة بنفسه و ليست الوقائع التي يرويها الأطراف، كما يشترط أن يكون من شأن الوقائع المراد إثباتها أن تؤدي إلى نزاع أمام القضاء الإداري(4).

ثانياً- تدابير التحقيق(5)

أجاز المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال، و لو في غياب القرار المسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للتحقيق و الخبرة، و الواقع أن التحقيق هو مجموعة من النشاطات التي

(1) - المادة 939 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.1

(2) - بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية و تطبيقاتها في الجزائر، مرجع سابق، ص 78.

(3) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 140.

(4) - المادة 939 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(5) - المادتان 940، 941 من نفس القانون.5

تتصب على عدة إجراءات و من ضمنها الخبرة، و فضلا عن الخبرة تتمثل باقي التدابير القابلة للتطبيق في مجال الصفقات العمومية في الانتقال و معاينة الأماكن.

أ- الخبرة:

الخبرة هي إجراء يهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية للقاضي⁽¹⁾، فيقصد بالخبرة كتدبير من تدابير التحقيق الإجراء الذي يتجاوز موضوعه مجرد إثبات حالة بتصوير الوقائع المادية، بل يتعداه إلى التحقيق في موضوع النزاع⁽²⁾، فعلى الرغم أن المكلف بإثبات حالة وتقديم خبرة هو الشخص نفسه و هو الخبير، إلا أن مهمته في كل من التدبيرين مختلفة، ذلك أن الخبير المعين بموجب أمر استعجالي يمكن تكليفه بمهام أوسع من الخبير المعين لغرض إثبات حالة، إذ يمكن في الحالة الأولى للخبير أن يحدد قيمة الأضرار أو توضيح قيمة الأشغال المنجزة في مشروع أو إعطاء رأيه في مسألة فنية⁽³⁾.

يعتبر إجراء الخبرة من الإجراءات التي يكثر اللجوء إليها في مجال الصفقات، إذ يلجأ المتعامل في كثير من الأحيان إلى طلب تعيين خبير لتحديد قيمة أو حالة الأشغال المنجزة، كأن يكون الهدف من الخبرة هو تقدير الأشغال التي أنجزتها المقاوله حسب سعر الصفقة⁽⁴⁾.

ينصب عمل الخبير على المعاينة بصفة شخصية و بموضوعية لحالة الأشغال المنجزة، فلا يعتمد في تقريره إلا على وقائع عاينها بنفسه، فقد استبعد القضاء الإداري تقرير خبرة اعتمد فيه الخبير المكلف على تقرير أعده الخبير المكلف من طرف المصلحة المتعاقدة، و جاء في حيثيات القرار أنه: "... يتضح من الاطلاع على الخبرة بأن الخبير قد

(1) - المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، مرجع سابق، ص 140.

(3) - بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 156-157.

(4) - كما هو الحال في الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 1986/10/08 عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة في قضية شركة دراسات الري ضد المقاوله العامة لبناء الإسفلت و الزفت بقسنطينة، قرار أشار إليه بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مرجع سابق، ص 163.

اعتمد لإعداد تقريره المنجز على تقرير الخبرة المنجزة من طرف الخبيرة (م ي) هذه الأخيرة التي التجأت إليها المدعية بصفة انفرادية لإجراء خبرة بطلب منها عن الأشغال محل النزاع مما، يجعل بالتالي خبرة الخبير (ج إ) غير موضوعية⁽¹⁾.

حتى يستفيد المتعامل من الخبرة التي يطلب إجرائها في حالة الدعوى الاستعجالية في صفقات إنجاز الأشغال بالتحديد، لا بد من أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال فور إنجاز الأشغال المراد إثباتها، لأنه يصعب على الخبير أداء مهامه كلما طالقت الفترة الفاصلة بين إنجاز الأشغال و معاينتها من طرف الخبير، أشار مجلس الدولة إلى هذه الفكرة في العديد من قراراته إذ ذكر في إحداها: " حيث أن الخبير انتقل إلى الأمكنة موضوع النزاع و خلال إجراء المعاينة بعين المكان لم يتمكن من إنجاز مهمته على أحسن وجه، ذلك لسبب المدة التي مرت على إنجاز الأشغال ابتداء من سنة 2000 لغاية تكليفه بالمهمة سنة 2007"⁽²⁾.

ب- المعاينات و الانتقال إلى الأماكن

يستطيع القاضي الاستعجال الإداري من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك⁽³⁾، يتبع في هذه حالة الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يمكنه أن يستعين بالمعارف التقنية إذا كانت هناك أي

(1) - قرار رقم 08/00161 صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بومرداس بتاريخ 08/03/09 في قضية أشغال البناء ك م ضد والي ولاية بومراس (قرار غير منشور).

(2) - قرار رقم 045200 صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة في قضية السيد (ح ط) ضد والي ولاية الجزائر (قرار غير منشور).

(3) - المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ضرورة، و ينتهي بإعداد محضر معاينة، و على غرار تدبير الخبرة فقد أكد القضاء الإداري وجوب عدم تأخر المتعاقد في طلب إجراء المعاينة و الانتقال إلى الأماكن⁽¹⁾.

ثالثا - منح تسبيق مالي

يحتل التسبيق المالي في مجال الصفقات العمومية أهمية خاصة لاسيما فيما يتعلق بصفقات الأشغال و التوريدات، فالمتعامل يستثمر مبالغ هامة و يرتبط في إطار تنفيذ الصفقة بعلاقات مديونية تستوجب التدخل بمنحه تسبقا ماليا في حالة الضرورة المستعجلة.

لم ينص المشرع الجزائري على تدبير التسبيق المالي رغم أهميته إلا بموجب القانون 08-09، بالمقابل عرف هذا التدبير في التشريع الفرنسي منذ سنة 1988، و قبل هذا التاريخ كان مجال التسبيقات المالية يعتبر من اختصاص قضاء الموضوع، فقد كان يعد من أصل الحق، ثم أنشأ المرسوم 88-907 المؤرخ في 1988/9/2 المتعلق بمختلف الإجراءات الإدارية القضائية حالة استعجال جديدة خاصة بالتسبيق المالي.

حددت المادة 942 من القانون 08-09 بصياغة مباشرة، الشروط اللازم توفرها ليستجيب قاضي الاستعجال لطلب منح تسبيق مالي، تتمثل هذه الشروط في وجود دين ثابت غير منازع فيه بصفة جدية، نشر دعوى الموضوع، و تقديم الضمان إذا تطلبه القاضي.

1 - وجود دين غير متنازع فيه بصفة جدية: بموجب هذا الشرط يتعين على قاضي

الاستعجال الإداري أن يتأكد من وجود التزام غير مشكوك فيه⁽²⁾ في ذمة المصالحة المتعاقدة يبرر منح المتعامل المتعاقد التسبيق الذي يطلبه.

(1) - فقد جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 16 ماي 1981 في قضية مؤسسة "ع ب" ضد والي ولاية... و وزير الداخلية أن "الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة و بالتالي فإن معالم الوقائع المادية المراد معاينتها و تقييمها تكون قد تغيرت بفعل الأشغال التي انطلقت فيها خلال الشهرين ذلك أن الأشغال التي أنجزتها الشركة قد اختلطت مع الأشغال الجديدة، أنظر شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 138.

(2) - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ص 143.

2- أن تكون دعوى الموضوع قد نشرت: يعد هذا الشرط منطقيًا، ذلك أن السبب

المبرر لطلب التسبيق هو وجود دين للمتعامل المتعاقد في ذمة المصلحة المتعاقدة، فمن الطبيعي أن ينازع المتعامل لمتعاقد أولاً في أصل الدين.

3- شرط تقديم الضمان: يعد شرط تقديم الضمان شرطاً اختيارياً للقاضي، إذ يقدر

مدي وجود أسباب تدعو إلى إلزام المتعامل بتقديم ضمان حسب ظروف كل قضية، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية يشكل إنشاء المتعامل المتعاقد كفالة حسن التنفيذ ضماناً كافياً يبرر منحه التسبيق المالي دون الحاجة لإلزامه بتقديم ضمان آخر.

تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أكد في عدة قرارات صادرة عنه و منها

القرار الصادر في 2 جوان 2004، أن غياب الحساب النهائي العام للصفقة لا يشكل مانعاً يحول دون منح المتعاقد التسبيق الذي يطلبه طالما توفرت شروط منح التسبيق⁽¹⁾.

¹⁾ - **MENEMENIS Alain**, « Référé-provision et marché de travaux », *Juris Classeur*, Droit administratif, N° 8-9 2004, p 25.

المبحث الثاني:

الرقابة على منازعات فسخ الصفقة و بطلانها

تبرم الصفقات العمومية بهدف اقتناء السلع أو الخدمات أو إنجاز الأشغال أو الدراسات اللازمة لتسيير المرافق العامة، فيفترض أن الصفقة لا تنتهي إلا باستكمال تنفيذ المتعامل المتعاقد لموضوعها و تلقيه مقابل التنفيذ، إلا أنّ هذه النهاية لا تتحقق دائما، فقد يكون مصير الصفقة أن تنقضي قبل البدء في تنفيذها أو أثناءه، هذه النهاية المبتسرة للصفقة غالبا ما تكون مصحوبة بمنازعات بين طرفيه، فتؤدي إلى لجوء الطرف المتضرر إلى قاضي العقد للفصل فيها، و على غرار العقود المدنية تنتهي الصفقة نهاية غير عادية إما بطريق الفسخ (فرع أول) أو بطريق البطلان (فرع ثاني).

المطلب الأول:

الرقابة على منازعات فسخ الصفقة العمومية

يعتبر الفسخ طريقا لإنهاء العلاقة التعاقدية في العقود المدنية أو الإدارية على السواء، إذ أن الفسخ من الأفكار المشتركة بين نظامي العقود، على أن الفسخ في العقود الإدارية و منه الصفقات العمومية يختلف تماما عن الفسخ في العقود المدنية، حيث أن قاعدة عدم جواز نقض (فسخ) العقد إلا باتفاق الطرفين، لا تصمد أمام امتيازات المصلحة المتعاقدة، إذ أن الفسخ الانفرادي من السلطات التي تتمتع بها كامتياز مقرر لمصلحتها تتخذ دون اللجوء إلى القضاء و لو لم يتم النص عليه في الصفقة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, op, cit, p 212.

تعد منازعات فسخ الصفقة من المنازعات الحقوقية التي يختص قاضي العقد بالنظر فيها، سواء تعلق موضوعها بطلب فسخ الصفقة المقدم من أحد المتعاقدين (الفرع الأول)، أو بمنازعة قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الرقابة على طلب أحد الأطراف فسخ الصفقة

تقوم الصفقات العمومية كأي عقد على توافق إرادتين، و قد تتجه هاتان الإرادتان خلال مرحلة التنفيذ وقبل انتهاء الصفقة إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي، هذا النوع من الفسخ لا يثير أي نزاع أمام القضاء فهو يتم بالتراضي، وإذا كان أحد المتعاقدين تضرر منه فإن الفسخ يكون مصحوبا بتعويض اتفاقي كذلك، فقد نصت المادة 113 من المرسوم الرئاسي 10-236 على إمكانية الفسخ الاتفاقي للصفقة بموجب اتفاق مشترك بين طرفي الصفقة، لكن النزاع يثور في حالة طلب الفسخ من أحد أطراف الصفقة.

أولاً- الرقابة على طلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة

تملك المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة انفراديا كامتياز مقرر لمصلحتها، على خلاف ذلك، فإن المتعامل المتعاقد الذي يرغب في فسخ الصفقة ليس أمامه إلا اللجوء إلى القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل، فالقاضي وحده يستطيع الحكم بالفسخ و يهدف المتعامل من هذه الدعوى طلب التحلل من التزاماته، نظرا لخطورة هذه الدعوى على سير المرافق العامة فقد تشدد القضاء الإداري في الاستجابة لطلب المتعامل فسخ الصفقة⁽¹⁾، فلا يحكم بالفسخ إلا في ثلاثة حالات هي القوة القاهرة، خطأ المصلحة المتعاقدة و كموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة.

(1) - الوهبي عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية و تطبيقاتها، مرجع سابق، ص 359.

أ- حالة القوة القاهرة:

تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا، فمن الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى فسخ الصفقة فهذه القاعدة معروفة في القانون المدني⁽¹⁾، لكن مفهوم القوة القاهرة التي تبرر للمتعاقل طلب فسخ الصفقة تختلف عن مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني، فحتى وإن تم إدخال أحكام القوة القاهرة في العقود الإدارية وفقا لمبادئ قريبة جدا من المبادئ المعروفة في العقود الخاصة، إلا أن هناك نوع من الخصوصية للقوة القاهرة في العقود الإدارية ذلك أن مفهوم الاستحالة في التنفيذ يقصد بها استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا⁽²⁾، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الظرف الطارئ من الحالات التي يجوز فيها لكلا المتعاقدين طلب فسخ الصفقة، فإذا كان الأصل أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بل يجعل التنفيذ مرهقا و بالتالي فإن المتعاقل المتعاقد لا يمكنه أن يتحرر من تنفيذ التزاماته ولا يمكنه إلا المطالبة بالتعويض على عكس حالة القوة القاهرة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أرسى قاعدة مفادها أنه إذا تبين أن العقد لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة وأنه أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة فإنه يحق للمتعاقد طلب الفسخ قضائيا⁽³⁾.

إن هذه القاعدة منطقية حتى وإن كان يبدو أنها تشكل خطرا على سير المرافق العامة المتصلة بالعقد الإداري، فلا يمكن إجبار المتعاقل المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ صفقة لا تعود عليه بأية أرباح، بل وتضطره إلى تحمل جزء من الخسارة التي تسببها الظروف الطارئة، كما أنه في حال تكريس قاعدة عدم إمكانية فسخ العقد حتى في ظل الظرف الطارئ فإن ذلك يؤدي إلى عدم تشجيع المتعاملين على التعاقد مع الإدارة.

(1) - تنص المادة 307 من من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر سنة 1975 معدل و المتمم: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

(2) - MAHIOU Ahmad, Cours d'institutions administratives, 2^e édition, OPU, ALGER, 1979, p 258.

(3) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 770-771.

ب - حالة خطأ المصلحة المتعاقدة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات خطيرة في مواجهة المتعامل، هذا ما يجعل احتمال تعسفها واردا، ونظرا لخطورة فسخ الصفقة علي سير المرافق العامة فإن القضاء الإداري يشترط لفسخ الصفقة أن يكون خطأ المصلحة المتعاقدة جسيما.

تؤدي مخالفة المصلحة المتعاقدة لالتزاماتها التعاقدية في الأصل إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية، و بالتالي إلزامها بالتعويض مع بقاء المتعامل ملزما بتنفيذ الصفقة، فالتعويض هو الجزاء الأصلي للمسؤولية التعاقدية، غير أنه إذا بلغ خطأ المصلحة المتعاقدة درجة من الجسامة، بحيث يصبح التعويض غير مجد فإن القضاء يقر بحق المتعاقد في طلب الفسخ. تعد من أهم أخطاء المصلحة المتعاقدة التي اعتبرها القضاء الإداري مبررا لطلب الفسخ:

- 1 - العدول عن المشروع موضوع الصفقة دون سبب معقول.
- 2 - التأخر الجسيم في تنفيذ التزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ.
- 3 - وقف الأعمال موضوع الصفقة مدة طويلة دون مبرر معقول.
- 4 - الجوء إلى توقيع عقوبات غير متناسبة مع الأخطاء التي يرتكبها المتعامل⁽¹⁾.
- 5 - فرض أعمال جديدة تفوق بكثير الأعمال المتفق عليها في الصفقة⁽²⁾.

(1) - رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 264-265.

(2) - DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves, Traité de droit administratif, T 2, LGDJ, 11^e, édition, PARIS, 1998, p 418.

تجدر الإشارة أنه يشترط في المتعاقد المتضرر من التصرفات التعسفية للمصلحة المتعاقدة، أن يكون غير مقصر من جانبه في أداء التزاماته، لأنه إذا أثبتت المصلحة المتعاقدة وجود خلل في تنفيذ الصفقة فإن القاضي يرفض طلب الفسخ (1).

ج- الفسخ كموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل الصفقة، إلا أن هذه السلطة مقيدة بشرط عدم التأثير على توازن الصفقة، فإذا سبب التعديل تأثيراً جوهرياً على توازن الصفقة، يمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري للحصول على مقابل الالتزامات الجديدة مع استمراره في تنفيذ الصفقة، غير أنه إذا وجد أن الوضع الجديد غير مقبول، و أن التعويض غير مجد في مواجهة هذه الظروف، يحق له طلب فسخ الصفقة مع بقاء حقه في التعويض عما أداه من أعمال قائماً، فقد نصت المادة 30 من دفا تر الشروط الإدارية العامة أنه: " في حال إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبة، ما دامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمئة من مبلغ المقاوله و إذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة حق له فسخ الصفقة فوراً...".

ثانياً- الرقابة على طلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة بقرار انفرادي، يبرر هذا القرار بتقصير المتعاقد في تنفيذ الصفقة، تعد سلطة الفسخ من الامتيازات التي تغني المصلحة المتعاقدة عن اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب الفسخ على عكس المتعاقد، إلا أن المصلحة المتعاقدة تستطيع أن تتنازل عن حقها في فسخ الصفقة انفرادياً و تلجأ إلى القاضي الإداري كأى متقاضي عادي لطلب فسخ الصفقة.

(1) - CHABANOL Daniel, JOUGUELET Jean-Pierre, «Marchés publics de travaux », 3^e édition, LE MONITEUR, PARIS, 1999, p 63.

قد يبدو أنه ليس من مصلحة المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، فهي بذلك تتخلى عن مركزها الممتاز و تنزل إلي مرتبة المتعامل المتعاقد، إلا أن لجوئها إلى القضاء أفيد لها، إذ بذلك تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا ثبت أنها أساءت استعمال هذا الحق (1)، كما أنها تثبت حسن نيتها في تنفيذ الصفقة و أن طلب الفسخ كان لأسباب جدية إذ أنها تعلم مسبقا أن القاضي سيراقب تقدير الإدارة لهذه الأسباب و لن يحكم بالفسخ إلا بعد أن يتأكد من مشروعيتها.

يشترط قاضي العقد لفسخ الصفقة في هذه الحالة إخلال المتعامل المتعاقد إخلالا جسيما بالتزاماته التعاقدية، و عدم سعيه لتدارك أخطائه بعد إعداره بالطرق القانونية.

الفرع الثاني:

الرقابة على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة

يعد الفسخ الانفرادي للصفقة من أهم الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد، إلا أنه لا تتخذ سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ صورة واحدة، فسلطة فسخ الصفقة كجزاء، تختلف عن سلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة، فقد تقرر المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة بسبب عدم تنفيذ المتعامل لالتزاماته التعاقدية، فيكون الفسخ جزائيا (2)، كما قد تقرر إنهاء الصفقة لدواعي الصالح العام، و هو ما أطلق عليه الفقه تسمية الفسخ التقديري (3).

(1) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 773.

(2) - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 258.

(3) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

يمكن للمتعاقل المتعاقل الذي لم يررضي بقرار المصلحة المتعاقل أن يلجأ إلى القاضي العقد ليراقب صحة هذا القرار سواء تعلق الأمر بالفسخ الجزائي أو الفسخ التقديرى، و هنا يلاحظ أنه يختلف نطاق رقابة القاضي الإدارى و سلطاته تجاه قرار الفسخ فى الحالتين.

أولاً- نطاق رقابة القاضي العقد على قرار فسخ الصفقة

يختلف نطاق رقابة القاضي العقد على سلامة قرار الفسخ بحسب ما إذا تعلق الأمر بالفسخ الجزائى أو الفسخ لدواعى المصلحة العامة.

أ- الرقابة على مشروعىة قرار الفسخ لدواعى المصلحة العامة

تتمتع المصلحة المتعاقل بسلطة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ودون خطأ المتعاقل، إذ تبرم الصفقات العمومية لتحقيق مصلحة عامة و قد يحدث أن تتطلب المصلحة العامة فسخ الصفقة نفسها⁽¹⁾، يمكن إعمال هذه السلطة فى كل أنواع الصفقات العمومية و إن لم يتم النص عليها فى بنود العقد، غير أن سلطة المصلحة المتعاقل فى إنهاء الصفقة ليست سلطة مطلقة تمارسها كما تشاء⁽²⁾، إنما هى سلطة منحت لها من أجل تحقيق غاية معينة (المصلحة العامة) بالتالى يكون استعمالها تعسفياً و غير مشروع كلما حادت عن هذه الغاية، تخضع المصلحة المتعاقل -عند ممارسة سلطة إنهاء الصفقة دون خطأ المتعاقل- لرقابة القاضي الإدارى الذى يتحقق من صحة قرار الإنهاء من زاويتين، هما أن يكون إنهاء الصفقة مما تقتضيه المصلحة العامة و أن يصدر قرار الإنهاء فى حدود الأطر العامة للمشروعىة.

1 - أن يكون الإنهاء مما تقتضيه المصلحة العامة:

¹⁾ - LAURENT Richer, Droit des contrats administratifs, op, cit, p 212.

⁽²⁾ - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإدارى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 404.

اتفق الفقه و القضاء على ضرورة قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام أو صالح المرفق حتى تتمكن الإدارة المتعاقدة من ممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي⁽¹⁾، فأساس سلطة الإنهاء الانفرادي في هذه الحالة هو مراعاة مبدأ الملائمة و التكييف الذي تخضع له المرافق العامة⁽²⁾، و بالتالي يكون استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطة الإنهاء تعسفيا كلما كانت الأسباب غريبة عن المصلحة العامة، تتعدد حالات الإنهاء الانفرادي التي يتحقق فيها شرط الصالح العام بحيث لا يمكن حصرها إلا أنه بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري يمكن تحديد أهم هذه الحالات وهي:

- زوال حاجيات المرفق العام التي يهدف العقد لإشباعها، فيصبح العقد بذلك غير صالح للنفع العام، كفسخ عقد إصلاح و تحسين منشآت توصيل المياه في إحدى المدن لانقضاء احتياجات المدينة لهذا الإصلاح بسبب انضمامها إلى مشروع عام لتوصيل المياه و صيرورة الأشغال المنصوص عليها في العقد غير مفيدة، و كذا فسخ عقود توريد معدات و مؤن حربية للجيش لأن العقد أصبح غير لازم بعد انتهاء الحرب.

- إنهاء العقد لزوال أو تعديل أو تحديث المرفق.

- إنهاء العقد لارتفاع كلفة المشروع المتعاقد على إنجازه ارتفاعا غير متوقع، أو عدم الحصول على الأهداف المتوخاة من إتمامه.

- حدوث تغيير في سياسة الحكومة يجعلها تسلم بأن العقد أصبح غير ضروري للمصلحة الوطنية⁽³⁾.

(1) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 70.

(2) - بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

(3) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 72-73.

يتأكد القاضي العقد عند ممارسة رقابته على قرار الفسخ الانفرادي دون خطأ المتعامل من توفر إحدى هذه الأسباب أو أي سبب آخر يتصل مباشرة بدواعي المصلحة العامة و تلبية احتياجات المرفق العام، فإذا توصل إلى أن السبب الذي استندت إليه المصلحة المتعاقدة لفسخ الصفقة لا يتعلق بالصالح العام أو المرفق العام، فإنه يحكم بعدم مشروعية قرار الفسخ، فقد اعتبر القضاء الإداري أن قرار فسخ العقد الإداري لأسباب مالية هو قرارا غير مشروع، حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محله في مزيدة جديدة للحصول على عرض أعلى من العرض القديم، لأن هذا فضلا عما فيه من إهدار للثقة في معاملاتها، لا يصلح في ذاته سببا مشروعاً يبرر لها المساس بمصالح الأفراد حقوقهم المكتسبة⁽¹⁾.

2 - احترام الأطر العامة للمشروعية

يعد قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة دون خطأ المتعامل قرارا إداريا كأى قرار آخر، فيجب أن يستوفى شروط المشروعية، فيتعين صدور قرار الفسخ عن الجهة المختصة، و كقاعدة عامة فإن السلطة المختصة بإنهاء الصفقة هي ذاتها السلطة المختصة بإبرامها ما لم ينص القانون على تحديد سلطة أخرى ينعقد لها الاختصاص بإنهاء الصفقة، فإذا صدر قرار الفسخ من جهة غير المصلحة المتعاقدة أو غير الجهة التي حددها القانون، يكون قرارا معيبا بعيب عدم الاختصاص، ما يجعله قرارا غير مشروع⁽²⁾، و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإشراف التي أعطت الموافقة إلى الجهة الإدارية المستفيدة من إبرام العقد ليس لها التدخل لإنهاء العقد من جانبها إلا إذا منحها القانون هذه الصلاحية، فالجهة الإدارية المستفيدة من تنفيذ العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاءه إذا قدرت أن العقد لم يعد يحقق لها المنفعة المرجوة، فقد قضى المجلس في أحد أحكامه " أن عقدا إداريا أبرمه تجمع

(1) - قرار أشار إليه خليفة عبد العزيز، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 136-137.

(2) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 74-75.

محلي أو مؤسسة عامة بموافقة سلطة الإشراف المنصوص عليها في القانون يمكن أن يفسخ بدون تدخل هذه السلطة لأنه لا يوجد أي نص يفرض هذا التدخل عند الفسخ، و يجب ألا يكون قرار الإنهاء مخالفا للإجراءات المنصوص عليها في بنود الصفقة، فإذا اتفق الطرفان على إجراءات معينة يجب أن يستوفي قرار الإنهاء هذه الإجراءات، كما يجب على المصلحة المتعاقدة ألا تتحرف في استعمال سلطة إنهاء الصفقة، بإصدارها قرار الإنهاء لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة أو لتحقيق غاية غريبة عن الغاية التي أرادها القانون⁽¹⁾.

تشكل الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة لدواعي المصلحة العامة الحد الأدنى من الرقابة القضائية، إذ يراقب سلامة قرار الفسخ من زاوية المشروعية فقط، فهو لا يملك الحق في تقدير ملائمة القرار لأنه يحضر عليه أن يتدخل في نشاط المصلحة المتعاقدة لأنها المسؤولة عن تنظيم و تسيير المرافق العامة⁽²⁾.

ب- الرقابة على مشروعية و ملائمة قرار الفسخ الجزائي

يعد قرار الفسخ الجزائي أخطر عقوبة يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد ، لذلك يطلع القاضي الإداري برقابة واسعة تجاه هذا القرار، تشمل رقابة المشروعية و رقابة الملائمة، هذا على عكس قرار الفسخ التقديري الذي يكون نطاق رقابة القاضي فيه ضيق يقف عند حدود رقابة المشروعية.

1 - الرقابة على مشروعية قرار الفسخ الجزائي

يجب أن يكون قرار الفسخ الجزائي صادرا عن الجهة المختصة، و أن يكون مسبقا بإجراء الإعدار، فإذا كان الإعدار غير ضروري في حالة الفسخ التقديري، فإنه إجراء جوهري في حالة الفسخ الجزائي، لأن الغاية من الإعدار هي الضغط على المتعامل لحثه

(1) - محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 75-77.

(2) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 404-406.

على التنفيذ و تنبيهه إلى احتمال إنهاء العقد في حالة عدم استجابته، فيكون الإعذار لازماً للمتعاقد الذي قد يتخذ الإجراءات اللازمة لتجنب الفسخ، أما في حالة الفسخ التقديري فإن المصلحة المتعاقدة لا تحتاج إلى تنبيه المتعامل بعزمها على فسخ الصفقة. لذلك نصت المادة 112 من المرسوم 10-236 أنه: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد...".

يكون الإعذار قانونياً بمراعاته الشروط التي حددها القرار المؤرخ في 28 مارس 2011⁽¹⁾، تتمثل هذه الشروط في ما يلي:

- لا تفسخ الصفقة إلا بعد إعذارين على الأقل، و يجب أن يتضمن الإعذار البيانات المحددة في المادة الثالثة من القرار⁽²⁾.

- يبلغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام، و ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن ر ص م ع)، كما ينشر على الأقل في جريديتين يوميتين وطنيتين، يحرر إعلان الإعذار باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل، و يرسل كل من طلب نشر الإعذار و تبليغ المتعامل، في نفس الوقت.

(1) - قرار مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار و آجال نشره، ج ر عدد 24، صادر في 20 أبريل 2011، ص 21-22.

(2) - تنص المادة 03 من القرار: "يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها،
- تعيين المتعامل المتعاقد و عنوانه،
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار، عند الاقتضاء،
- موضوع الإعذار،
- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار،
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.

ثانيا - محدودية سلطات قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ الصفقة

استقر القضاء الإداري على قاعدة عدم قدرة قاضي العقد إلغاء قرار الفسخ الغير مشروع، فرغم أن الدعوى الموجهة ضد قرار الفسخ سواء كان الفسخ جزائيا أو لدواعي المصلحة العامة هي دعوى القضاء الكامل، و تقتضي القاعدة أن قاضي العقد في إطار هذه الدعوى يملك سلطات واسعة في مواجهة هذا القرار، إذ يمكنه إلغاء أو تعديل العمل الإداري الغير مشروع ، ثم يمكنه بعد ذلك الحكم بإصلاح الضرر و ذلك بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق المتعاقد⁽¹⁾، إلا أنه في حالة قرار الفسخ فإن القضاء الإداري قد استقر على مبدأ قضائي أساسي مفاده أن قاضي العقد في مجال الصفقات العمومية لا يستطيع إلغاء قرار الفسخ الصادر عن المصلحة المتعاقدة حتى و إن كان غير مشروع⁽²⁾، إذن فقرار فسخ الصفقة هو قرار محصن غير قابل للإلغاء تنحصر سلطة قاضي العقد في الحكم بالتعويض عنه، و يكون التعويض وفقا للقواعد التالية:

أ- التعويض في حالة الفسخ التقديري:

نظرا لغياب الخطأ من جانب المتعامل، فإن التعويض عن الفسخ في حالة الفسخ التقديري هو تعويض كامل يشمل ما لحق المتعامل من خسارة و ما فاته من كسب.

ب - التعويض في حالة الفسخ الجزائي:

-إذا كان قرار المصلحة المتعاقدة مشروعاً، فلا مجال للبحث في مسألة التعويض، إذ لا يحق للمتعامل الحصول على أي تعويض مهما بلغت درجت الأضرار التي لحقتة.

(1) - عوابدي عمار، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ج 1، ط 2، د م ج، الجزائر، 1984، ص 92.

(2) - DE LAUBADERE André, GAUDMET Yves, Traité de droit administratif, Op cit, p 399.

-أما إذا كان القرار غير مشروع، فيجب التمييز بين ما إذا كان غير مشروع من حيث الشكل و له ما يبرره من حيث الموضوع، في هذه الحالة لا يقوم المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها، و لكن يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة عن فسخ العقد، أي أن قاضي العقد في هذه الحالة يحكم بإعفاء المتعاقد المفسوخ عقده من النتائج التي كان سيتكبدها فيما لو لم يصدر حكمه بذلك، أما إذا لم يتم قرار الفسخ على أسباب مبررة له، ففي هذه الحالة فضلا عن إعفاء المتعاقد من نتائج الفسخ الباهظة، فإن للقاضي أن يمنحه تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.

بتقييم دور قاضي العقد في الرقابة على منازعات فسخ الصفقة، يلاحظ محدودية فعالية هذه الرقابة إذا انصبت على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة و هي الطريقة الغالبة للفسخ، إذ فضل القضاء الإداري تقليص دوره في الرقابة على قرار الفسخ في حالة الصفقات على خلاف غيرها من العقود الإدارية و بالتحديد عقد التزام المرفق العامة (الامتياز)، إذ يكتفي في مجال الصفقات بمنح المتعاقد التعويض عن قرار الفسخ الغير مشروع، دون أن يحكم بإلغائه، رغم أن الإلغاء هو الجزء الأصلي للمشروعية، و على خلاف ذلك، فإنه إذا تعلق الأمر بعقد امتياز فإن قاضي العقد يحكم بإلغاء قرار الفسخ الغير مشروع، و يرجع أصل هذا التمييز إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي برر موقفه، بالقول أنه في حالة عقود الأشغال العامة تكون الإدارة المتعاقدة هي صاحبة المشروع، و بالتالي لا يمكن لقاضي العقد أن يلغي قرارات الإدارة بشأن هذه الأشغال حتى في حالة عدم مشروعيتها، أما في حالة عقود الامتياز فيمكن الإقرار بسلطة قاضي العقد في إلغاء قرار استرداد التزام المرافق الغير مشروع، لاسيما و أن الملتزم يقوم باستثمار مبالغ هامة لتسيير المرفق، و أن تنفيذ العقد يستمر لمدة طويلة⁽¹⁾.

(1) - مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 414.

الواقع أن هذا التبرير غير مقبول في الوقت الحالي، فالمبالغ التي يستثمرها المتعامل في إنجاز الصفقة لا تقل أهمية عن مبالغ تسيير مرفق عام، فقد حدد السعر الأدنى لصفقة الأشغال و التوريد ب: ثمانية ملايين دينار، أربعة ملايين بالنسبة لصفقات الخدمات و الدراسات، من جهة أخرى فإن مدة إنجاز الصفقات ليست بالمدة القصيرة، لاسيما عندما يتعلق موضوع الصفقة بإنجاز المشاريع الضخمة.

المطلب الثاني:

الرقابة على منازعات بطلان الصفقة

تعد الصفقات العمومية عقوداً إدارية، و تقوم العقود الإدارية بصفة عامة على أساس ذاتيتها المتميزة و معاييرها المختلفة إلى حد التناقض مع العقود المدنية، هذه الأركان التي صنعت كيانا مستقلاً للعقود الإدارية و جعلت الأحكام التي تنظمها أحكاماً متميزة، و على الرغم من هذا التميز، إلا أنه لا يمكن الحديث عن استقلالية تامة للعقود الإدارية عن العقود الخاصة، إذ توجد الكثير من الأحكام الخاصة بالعقود المدنية تطبق على العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، حيث أن النوعين من العقود يقوم على ذات الأركان، نتيجة لذلك فإن جزءاً تخلف هذه الأركان هو نفسه في كلا النوعين من العقود، ولهذا السبب يلزم القاضي الإداري باللجوء إلى ذات القواعد المطبقة في القانون الخاص و التي تمخضت عن نظريات و مبادئ القانون المدني، و بصفة عامة لا يخرج القاضي الإداري عن هذه القواعد إلا بالقدر الذي تستلزمه طبيعة النشاطات الإدارية⁽¹⁾، فهو لا يبذل جهداً لتكييفها مع خصوصية العقد الإداري، و قد أشارت إلى هذه المسألة محكمة القضاء الإداري في مصر فقد جاء في أحد أحكامها: " ...من حيث أن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية، تبدأ

(1) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 385.

على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري و من بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد "(1).

يثار بطلان الصفقة أمام قاضي العقد بطريق دعوى القضاء الكامل، فقد ذكرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا: "إن الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل لأنه غير موجه ضد قرار إداري و إنما ضد عقد..."(2).

الفرع الأول

الرقابة على صحة أركان الصفقة

تقوم الصفقات العمومية على غرار أي عقد على أركان الرضا السبب و المحل، بحيث تبطل الصفقة عند اختلال أي ركن منها.

أولاً: الرقابة على ركن الرضا

يعرف الرضا على أنه توافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني بإنشاء الالتزام أو تعديله(3)، تتم الصفقة العمومية كأبي عقد آخر باقتران إرادتين، وهما ما يعبر عنه بالإيجاب و القبول، فإرادة المتعهد تمثل إيجابا و إرادة المصلحة المتعاقدة تمثل قبولا، تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات متبادلة في ذمة الطرفين.

(1) - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 386.

(2) - كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص 98.

(3) - المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

تبدأ الصفقات العمومية بمرحلة تمهيدية تتمثل في الإعلان عنها بالطرق القانونية، هذا الإعلان لا يعد إيجاباً من جانب المصلحة المتعاقدة، بل يظل مجرد دعوي إلى التعاقد⁽¹⁾، و خلال المدة المحددة في إعلان الصفقة، يبادر المتنافسون بإرسال عطاءاتهم، فيعد العطاء إيجاباً من جانب المتعهد، و إذا كان الأصل أن الإيجاب يقع غير ملزم قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه، فيحق للموجب العدول عن إيجابه إذا لم يتصل بعلم من وجه إليه، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات حيث أنه وفق المادة 63 من القانون المدني، يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه إذا حدد لمن وجه إليه ميعاد لقبوله، و تعد حالة تقديم العطاءات في المناقصات مثالا لذلك، حيث يلتزم المتعهد بعطائه طيلة المدة المحددة لإيداع العروض⁽²⁾ و التي تسمى بمدة صلاحية العروض، و يقصد بها في مجال الصفقات المدة التي يبقى فيها المتنافس ملتزماً بعطائه، تحسب هذه المدة ابتداء من تاريخ انتهاء مدة استلام العروض، يتم بعد ذلك دراسة العروض من طرف اللجان المختصة، لتصل في الأخير إلى اختيار أحد العروض فتقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء منح المؤقت للصفقة و هو الإجراء الذي يشكل قبولاً من جانبها و بذا يكتمل الرضا في الصفقات.

لا يكفي لقيام الصفقة توفر الإيجاب و القبول بل لابد من أن تكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية و أن تكون سليمة من العيوب.

ا: الأهلية اللازمة لإبرام الصفقات

يعد إبرام صفقة عمومية تصرفاً قانونياً يترتب عنه التزامات قانونية هامة، لذلك لا يمكن أن يتعاقد إلا من تتوفر فيه الأهلية، و هذا بالنسبة لكلا المتعاقدين.

(1)- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام-، ج 1، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 189.

(2)- قدوج حمامة، إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 22.

يرتبط مفهوم الأهلية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة بفكرة الاختصاص بإصدار العمل القانوني، و يعد الاختصاص حجر الزاوية بالنسبة للأعمال الإدارية، لذلك لم يترك فالمشرع مسألة تحديده و توزيعه للسلطة التقديرية للإدارة، بل قيده بنصوص قانونية من النظام العام، فقد حدد المرسوم 10-236 الهيآت المؤهلة بإبرام الصفقات⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمتعامل المتعاقد فسواء كان شخص طبيعي أو معنوي فإنه يخضع لأحكام الأهلية المنصوص عليه في القانون المدني⁽²⁾.

ب- سلامة الإرادة من العيوب:

لا يكفي أن يكون الرضا موجودا بل لابد أن يكون صحيحا، فوحدها الإرادة الحقيقية تنشأ الالتزام و ذلك بخلوها من العيوب⁽³⁾، تعد أحكام عيوب الرضا من الأفكار الأصلية لنظرية العقد المدني، و قد نقل القضاء الإداري هذه الأحكام لتطبيقها علي نظرية العقد الإداري، و تعد ظاهرة نقل الأحكام المتعلقة بعيوب الرضا إلى القانون الإداري ظاهرة قديمة نجد آثارها في الأحكام الصادرة في بداية نشأت القضاء الإداري الفرنسي⁽⁴⁾، و تتمثل عيوب الرضا في الغلط، التدليس، الإكراه و الغبن.

1- الغلط:

الغلط هو فهم الأشياء على غير حقيقتها أو توهم غير الواقع⁽⁵⁾، و الغلط المعتد به لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى، يكون الغلط جوهريا إذا كان الوهم الذي وقع فيه المتعاقد

(1) - انظر المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236.

(2) - ارجع إلى المواد 40، 42، 43، 44 من القانون المدني الجزائري بالنسبة لأهلية الأشخاص الطبيعية، و المادتان 49 و 50 من نفس القانون بالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية.

(3) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 139.

(4) - Voir : PLESSIX Benoit, «La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », RFDA, N°1, 2006, p 12.

(5) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 309.

هو الدافع الأساسي للتعاقد، سواء وقع الغلط في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك بالنظر لشروط العقد و لحسن النية، أو كان الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد⁽¹⁾، بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري، يلاحظ أن الغلط في صفة الشيء أكثر شيوعا من الغلط في ذات المتعاقد⁽²⁾.

يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى أن يطالب بإبطال العقد، على أن لا يتعارض طلب الإبطال مع حسن النية⁽³⁾ و أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في ذات الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

من أمثلة التطبيقات القضائية لإبطال الصفقة بسبب الغلط في صفة المتعاقد، حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Domegure الصادر في 1956/04/26، حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة ، أما عن الغلط في محل الصفقة، فنجد حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في 1967/03/02 في قضية تتلخص وقائعها في أن إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة طلبت توريد عدد من المباصق الزجاجية، فتقدم أحد الأشخاص بعبء على أساس التوريد وفقا لعينة قسم الصدر، التي لم تستدل عليها، و لما رفضت الإدارة تسلم البضاعة الموردة على أساس عدم المطابقة عرض النزاع أمام قاضي العقد الذي قضى بإبطال الصفقة لأن أحكام الغلط التي أوردها القانون المدني لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الإدارية⁽⁴⁾.

(1) - المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

(2) - RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op cit, p 140.

(3) - المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

(4) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 390-391.

2- التدليس:

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد⁽¹⁾، لا يشكل التدليس عيبا في الإرادة إلا إذا صدر من أحد المتعاقدين، فالتدليس من الغير لا يمكن إثارته⁽²⁾، كما يجب أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد جوهريا.

يقبل القاضي الإداري إبطال الصفقة للتدليس إذا تأكد من توفر شروط التدليس وفقا لأحكام القانون المدني، تتمثل هذه الشروط في أن يكون التدليس مؤثرا أي أنه الدافع الرئيسي للتعاقد، كما يشترط أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو من نائبه، و أن يكون على علم به أو من المفروض حتما أن يكون كذلك.

تطرقت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تحديد مفهوم التدليس المعتمد به لإبطال الصفقة، فجاء في أحد أحكامها أنه: " ... من حيث ادعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلّست عليه بإيهامه أن السعر الذي يتعاقد به هو سعر مجز يحقق له ربحا فإنه إدعاء عار من الصحة،... بافتراض أن الإدارة أوهمته بأن السعر الذي تتعاقد به معه هو سعر مجز، فإن ذلك لا يعتبر تدليسا في حكم المادة 12 من القانون المدني يجيز المطالبة بإبطال العقد ذلك لأن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في التدليس الذي يجوز إبطال العقد بسببه أن يكون ثمة طرق احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين تبلغ من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم العقد و مجرد إيهام الإدارة للطاعن بأن السعر الذي ارتضى التعاقد به هو سعر غير مجز لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التي يجوز وصفها بالتدليس، لاسيما أن الطاعن تاجر محترف اعتاد التعامل في الأسواق و توريد المحاصيل و هو أعلم بأحوال السوق و أسعاره و من ثمة فإنه لا يجوز عليه إيهام أو تغيير"⁽³⁾

(1) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 261.

(2) - الشرقاوى سعاد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 329.

(3) - نقلا عن الشرقاوى سعاد، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 329-330.

يمكن أن نتصور وقوع التدليس في مجال الصفقات العمومية من المتعامل المتعاقد، كقيامه باستظهار مؤهلات أو مراجع مهنية لا يملكها حقيقة⁽¹⁾، فإذا أبرمت المصلحة المتعاقدة الصفقة مع المتعامل على أساس هذه المؤهلات الوهمية و بعدها اكتشفت احتيال المتعاقد فيمكن أن تطلب إبطال الصفقة للتدليس، أما فيما يتعلق بالحالة العكسية أي صدور التدليس من المصلحة المتعاقدة فهو احتمال صعب التصور و ذلك لسببين أولهما أن قانون الصفقات يلزم المصلحة المتعاقدة بأن توضح شروط التعاقد بشكل مفصل ضمن دفاتر الشروط، أما السبب الثاني فيتمثل في غياب دافع لدى المصلحة المتعاقدة للتدليس على المتعاقد معها لأن هدفها الأساسي من إبرام الصفقة هو ضمان سير المرافق العامة.

3- الإكراه:

الإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد⁽²⁾، يشترط في الإكراه أن يبرم المتعاقد العقد بسبب رهبة، و أن يكون المتعاقد الآخر من سبب هذه الرهبة أو أنه على علم بها أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم بها.

تعد أحكام الإكراه الواردة في القانون المدني على غرار العيوب الأخرى من الأحكام القابلة للتطبيق في مجال الصفقات العمومية، لكن بالنظر إلى مفهوم الإكراه السابق بيانه نتساءل هل يمكن تصور تطبيق الإكراه من الناحية الواقعية في مجال الصفقات العمومية؟ فالواقع أنه من الصعب تصور تطبيق الإكراه في الصفقات العمومية، فمن الصعب تصور صدور الإكراه من المصلحة المتعاقدة أو ضدها، و ما يؤكد هذا الطرح أن الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المتعلقة بطلبات إبطال الصفقة بسبب الإكراه هي أحكام سلبية تكتفي بإعلان مبدأ بطلان العقد إذا شاب الرضا إكراه لكنها تنتهي بالحكم في الموضوع بعدم قيام

(1) - تنص المادة 39 من المرسوم 10-236 أن " كل متعهد، يتقدم بمفرده أو في تجمع، لا يجوز له استظهار إلا مؤهلاته الخاصة و مراجعه المهنية".

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق ص 276.

الإكراه، وعلى سبيل المثال ذكر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 19/01/1945 في قضية Sté Voisin، بخصوص احتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت على قبول العقد نتيجة لموقف عمالها منها: "...إن التهديد الذي أثارته الشركة لا يتخذ مظهرا للإكراه من شأنه أن يعيب رضاها"⁽¹⁾، و في أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر نجد الحكم الصادر في 31/01/1984 جاء فيه بأنه: " لا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه قع تحت سلطان الرهبة و الخوف من بطش المسؤولين في مجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد، ذلك أنه لم يقدم دليلا على أن أحدا من المسؤولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسيلة لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها"، فمن خلال هذه الأحكام يمكن القول أن للإكراه مفهوما لا إن ينطبق على طبيعة العلاقة التعاقدية الإدارية، و على الرغم من عدم وجود مانع قانوني لتطبيقه، إلا أنه يستبعد من الناحية الواقعية تطبيق أحكامه في مجال الصفقات.

د- الاستغلال:

تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على الاستغلال كأحد عيوب الرضا، و يقصد بالاستغلال أو الغبن عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه⁽²⁾.

يشترط لتحقيق الاستغلال أن يبرم الشخص العقد و هو في حالة طيش بين أو هوى جامع، و هما حالتان من الضعف النفسي تعتري المتعاقد فتضعف إرادته، و أن يستغل المتعاقد الآخر هذا الضعف النفسي، كما يشترط أن يكون هناك تفاوت كبير بين التزامات الطرفين يميل لصالح الطرف المستغل، و يجب على المتعاقد المغبون رفع دعوي الإبطال خلال سنة من إبرام العقد.

(1) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 392.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 291.

إذا عرضت أمام القاضي الإداري دعوي إبطال الصفقة بسبب الاستغلال، فإنه يتأكد من توفر هذه الشروط مستندا إلى أحكام القانون المدني، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الأحكام التي جاءت بها المادة 1117 من القانون المدني الفرنسي أعطت مفهوم و شروط لعب الاستغلال تختلف عن أحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري فالقاضي الإداري يلزم بإتباع قانونه المدني الوطني، فلا يتقيد بأحكام القضاء الإداري الفرنسي لأن هذا الأخير مقيد بدوره بقانونه المدني.

وضعت أحكام الاستغلال لحماية الطرف الذي وقع في غبن شديد بسبب استغلال المتعاقد الآخر لحالته النفسية، الأمر الذي يمكن تصوره في العلاقات التعاقدية الخاصة، إذ تبرم العقود بين طرفين متساويين في المراكز، كما أن القانون الخاص لا يقيد العقود بشكليات و مراحل مسبقة مما يجعل إمكانية حصول الاستغلال ممكنا، أما بالنسبة للعقود الإدارية و منها الصفقات العمومية يختلف الأمر ما يجعل أحكام الاستغلال غير فعالة و غير قابلة للتطبيق، فالصفقات تتضمن منذ إبرامها و إلى غاية انتهاء تنفيذها آليات خاصة لرفع الغبن على المتعاقد فيمكن له أن يطلب تحيين سعر الصفقة أو مراجعتها كما له الحق في طلب إعادة التوازن المالي للصفقة، و بالتالي فلا مجال لطلب إبطال الصفقة بسبب الغبن.

ثانيا- الرقابة على محل الصفقة

يعرف المحل بأنه الالتزام الناشئ عن العقد، و يشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكنا، و أن يكون معينا أو قابلا للتعين، كما يشترط أن يكون مشروعاً، أكد القضاء الإداري على وجوب توفر شروط صحة محل الصفقة، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "يشترط في محل العقد - أيّاً كان العقد - أن يكون قابلاً للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه - فلا يصح محلاً للالتزام - إذا كان التعامل فيه محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام، و يبني على ذلك أن العقد يقع باطلاً فلا ينعقد قانوناً..."، و

قد كان موضوع النزاع ينصب على اتفاق بين الإدارة و أحد الموردين لتوريد شوك و سكاكين و ملاعق طبقا لعينة تحتوي على نسب عالية جدا من المواد الضارة تعرض مستعملها لخطر التسمم، فأبطلت المحكمة الصفقة لعدم مشروعيتها محلها⁽¹⁾، كما قصت محكمة تمييز العراق في قرار رقم 700 المؤرخ في 1986/10/21 ببطلان صفقة لاستحالة المحل و جاء في القرار أنه: "ما دامت الساحة المحالة بعدة المميز غير صالحة لاتخاذها موقفا للسيارات لوجود أنقاض و مخلفات فيها تحول دون استعمالها للغرض الذي أحييت من أجله، لذلك يكون من حق المدعى المطالبة بفسخ المزايدة و إعادة التأمينات"⁽²⁾.

ثالثا- الرقابة على سبب الصفقة

يعرف السبب على أنه الدافع لإبرام العقد، فيكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع لمنعه قانونا أو لمخالفته للنظام أو الآداب العامة، و سبب الصفقة هو الدافع الذي حدا بالإدارة إلى إبرامها، و يشترط فيه أن يكون موجودا و مشروعاً⁽³⁾ ولما كان من غير المتصور أن تتعاقد المصلحة المتعاقدة دون سبب أو لسبب غير مشروع فإن أحكام القضاء الإداري فيما يخص بطلان العقود الإدارية نادرة جدا، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إبطال عقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان لكونه جند في وحدة غير مقاتلة، فلما طالب بإلغاء عقد تطوعه لفقد السبب بالنسبة له، رفض طلبه استنادا إلى أن إلحاق المتطوع في فرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد⁽⁴⁾.

مما سبق فإنه يجب أن تتوفر في الصفقة كأى عقد آخر أركان الرضا، السبب و المحل، فإذا اختل أي ركن لا يكون أمام قاضي العقد إلا أن يطبق جزاء البطلان.

(1) - الطماوى محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 395-396.

(2) - نقلا عن خلف الجبوري محمد، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 109.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 321.

(4) - الطماوى محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 400-401.

الفرع الثاني:

جزاء بطلان الصفقة

يترتب على عدم استثناء الصفقة لأركان العقد، بطلانها، و على غرار العقود المدنية، تعرف العقود الإدارية فكرة التمييز بين البطلان المطلق و البطلان النسبي، لكن مجال البطلان المطلق في العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية، أوسع بكثير بالنسبة لمجاله في العقود الخاصة، و يرجع السبب في ذلك لكون القواعد القانونية المنظمة لإبرام الصفقات العمومية ترتبط بفكرة حماية المال العام، بالتالي فإنها من الأهمية بمكان ما يجعلها قواعد من النظام العام يترتب عن مخالفتها بطلان العقد الذي بني عليها بطلاناً مطلقاً، غير أنه إذا تعلق البطلان بمخالفة القواعد التي قررها القانون لصالح الإدارة المتعاقدة فيترتب عن مخالفتها البطلان النسبي، كقاعدة منع شراء الأصناف غالية الثمن⁽¹⁾.

يملك قاضي العقد وحده الحكم ببطلان الصفقة، إذ على الرغم من تسليم القضاء الإداري بالسلطات الواسعة للمصلحة المتعاقدة، إلا أنه لم يعترف لها بسلطة إبطال العقد، بل ألزمها باللجوء إلى قاضي العقد للحصول على حكم ببطلان العقد.

يترتب على الحكم بالبطلان، زوال العقد المبرم بين الطرفين و إلغاء كل ما ترتب عنها من آثار⁽²⁾، أي اعتبارها كأنها لم تكن، و هنا يطبق المبدأ المعروف في عقود المدنية الذي يقتضي أن العقد الباطل لا تترتب عنه حقوق و لا التزامات، فإذا كان أحد الأطراف لم ينفذ الالتزامات الناشئة عن العقد الباطل، فلا يمكن للمتعاقد الآخر إلزامه بتنفيذها و لا التعويض عن عدم التنفيذ، و إذا كان الطرفان قد باشرا تنفيذ الصفقة، فإن حكم بطلانها يقتضي إعادة الحال إلي ما كانت عليه قبل التنفيذ، بأن يرد كل طرف ما استلمه من الطرف

(1) - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 402.

(2) - خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 321.

الآخر تنفيذا للصفقة المحكوم ببطلانها، لكن لا يسمح للمتعاقد الذي نفذ التزامه بمقتضى عقد باطل أن يسترد ما دفعه إذا كان هذا الاسترداد يمس بالنظام العام⁽¹⁾.

حتى لا يكون حكم بطلان الصفقة سببا لإهدار الحقوق المشروعة لأحد الأطراف في الحصول على التعويضات المستحقة، فإنه يمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى قاضي العقد لطلب التعويض، بشرط أن يؤسس طلب التعويض على أحد الأساسين:

أ - المسؤولية التقصيرية:

إذا ثبت أن بطلان الصفقة كان نتيجة خطأ المتعاقد الآخر، فإنه تقوم المسؤولية التقصيرية للمتعاقد المخطأ، و يلزم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الطرف الآخر.

ب - الإثراء بلا سبب

إذا تكلف أحد المتعاقدين نفقات عادت على المتعاقد الآخر بفائدة، يلزم المتعاقد المستفيد من هذه النفقات بردها، ففي كثير من الحالات تكون الإدارة المتعاقدة هي الطرف المستفيد، على اعتبار أن المتعاقد هو من يبدأ بتنفيذ الالتزامات فإذا تضرر المتعامل من البطلان يمكنه طلب التعويض، فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أنه يحق للمتعاقد أن يطلب التعويض عن المصاريف التي انتفعت بها الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

لكن في مجال الصفقات العمومية يمكن تصور الحالة المعاكسة، فقد يستفيد المقاول المتعاقد من تسبيقات مالية⁽³⁾، و بعد ذلك يحكم ببطلان الصفقة لأي سبب، في هذه الحالة يكون المتعاقد هو المستفيد، و يلزم بالتالي برد المبالغ التي استعاد منها.

(1) - الطماوى محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 403.

(2) - BRACONNIER Stéphane, NOGUELLOU Rozen, « Les droit à indemnité du cocontractant en cas de nullité du contrat », *RDI*, N° 8, 2008, p 385.

(3) - تنص المادة 74 من المرسوم 10-236: ".....التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، و بدون مقابل لتنفيذ المادي للخدمة....."

خاتمة

تمتاز رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية بتنوعها من حيث محلها، و طبيعتها، فمن حيث محلها، فإنها قد تنصب على تصرفات انفرادية (قرارات إدارية)، و هذا في مرحلة إبرام الصفقة إذ تلجأ المصلحة المتعاقدة إلي إصدار قرارات إدارية، كما قد تنصب على التصرفات التعاقدية و هذا بعد إبرام العقد و دخوله حيز التنفيذ.

أما من حيث طبيعة هذه الرقابة فإن القاضي الإداري عند فصله في منازعة تتعلق بالصفقة عمومية، يتخذ عدة صفات، فهو قاضي العقد عندما يفصل في منازعات تنفيذ الصفقة أو قاضي الاستعجال عندما تتوفر في المنازعة شروط الاستعجال، و هو قاضي المشروعية (قاضي تجاوز السلطة) عندما يفصل في منازعات إبرام الصفقة المتعلقة بالطعن في القرارات المنفصلة، كما قد يراقب القاضي الإداري نفس المنازعة (منازعة الإبرام) بصفة مختلفة أي بصفته قاضي الاستعجال قبل التعاقد و هذا في حالة الإخلال بقواعد الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات.

كما يختلف مدى سلطة القاضي الإداري تجاه تصرفات المصلحة المتعاقدة، إذ لا يملك نفس السلطات تجاه القرارات الإدارية التي تصدرها إبراما للعقد أو تنفيذاً له، فمن هذه القرارات ما احتفظ بسلطة إلغائها كلما توصل إلى عدم مشروعيتها، بينما اقتصرت سلطته بالنسبة للبعض الآخر على منح التعويض عن الأضرار التي تلحق المتعامل.

عرفت رقابة القاضي على منازعات الصفقات مراحل تطور، فبعد أن كان القضاء ينظر إلى الصفقة ككل لا يتجزأ و بالتالي تخضع كل منازعاته لرقابة قاضي العقد تم ابتداء نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي سمحت بالتمييز بين القرارات الإدارية التي تقبل

الانفصال عن الصفقة عن التصرفات الأخرى المتصلة، و بالتالي إخضاعها لرقابة ملائمة هي رقابة المشروعية تمارس بموجب دعوى الإلغاء، و بسبب تطور الصفقات العمومية كان من الضروري إيجاد رقابة أكثر فعالية على هذه القرارات و بذلك ظهرت رقابة الاستعجال قبل التعاقد.

و قد سائر القضاء الإداري في الجزائر مراحل تطور الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، لكن رغم ذلك لا تزال العديد من المآخذ تشوب رقابة القاضي الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية، ترجع بعضها إلى غموض التشريع أو قصور في تقديم الحلول القانونية، و يرجع البعض الآخر إلى عدم توسع القضاء الإداري في تفسير النصوص القانونية و لعل أهم هذه المآخذ:

- عدم النص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات الصفقات العمومية، فرغم أن مسألة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود و منها الصفقات العمومية مسألة جوهرية اتفق عليها الفقه و القضاء إذ تعتبر العقود الإدارية من المجالات التقليدية لاختصاص القضاء الإداري إلا أن المشرع لم يورد أي نص صريح و حاسم يعقد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري للبت في منازعات الصفقات العمومية سواء ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 و لا حتى ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على خلاف ذلك فإن مختلف التشريعات العربية و كذا التشريع الفرنسي قد فصلت بنص صريح في مسألة اختصاص القاضي الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية.

- رغم اهتمام المرسوم 10-236 بمرحلة إبرام الصفقة و هي المرحلة الأساسية لتطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، إلا أنه لم يوضح ملامح هذه النظرية، إذ لم يهتم بتحديد الطبيعة القانونية لتصرفات المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام و بالتالي عدم تمييزه بين ما يعتبر مجرد إجراءات تمهيدية و ما يعتبر قرارات إدارية منفصلة.

- لم ينص المشرع على إمكانية الطعن بالإلغاء ضد قرارات المصلحة المتعاقدة، باستثناء ما نص عليه من إمكانية الطعن أمام "المحكمة المختصة" ضد مقرر التسجيل في قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات.

- اتبع القضاء الإداري في الجزائر مسلك القضاء الإداري الفرنسي في اعتبار القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ الصفقة (كقرارات فرض الجزاءات) مجرد تصرفات تعاقدية، و بالتالي إخضاعها لرقابة قاضي العقد و تجريد هذا الأخير من سلطة إلغاء القرار الغير مشروع، فرغم أن سلطة القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل سلطة واسعة تشمل إلى جانب سلطة منح التعويض سلطة إلغاء القرار الغير مشروع، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية يمنع على قاضي العقد إلغاء القرارات الغير مشروعة بحجة اعتبارها تصرفات تعاقدية، و يعتبر هذا المسلك موقفاً جدياً منتقداً، لأنه جعل القاضي الإداري عاجزاً عن تطبيق الجزاء الأصلي للمشروعية و هو الإلغاء.

- تحتل منازعات دفع مستحقات المتعامل المتعاقد القسم الأكبر من منازعات الصفقات المعروضة أمام جهات القضاء الإداري، فالمصالح المتعاقدة في كثير من الأحيان لاسيما عندما يتعلق الأمر بالمتعامل الوطني تماطل في دفع مستحقات المتعامل بحجة عدم توفر المبالغ اللازمة، الأمر الذي لا يمكن استساغاه بالنظر لكون القانون يلزم المصلحة المتعاقدة بتحديد الاحتياجات مسبقاً و استحالة التزام المصلحة المتعاقدة بصفقة قبل توفر المبالغ اللازمة لها، بالتالي فالمصالح المتعاقدة لا تراعي أحكام القانون، و تتحجج بأعدار غير مشروعة.

- تتمتع المصالح المتعاقدة بسلطة فرض مختلف أنواع الجزاءات على المتعاقد معها و بالنظر إلى خطورة هذه الجزاءات فإنه كلما كان التنظيم القانوني لها محكماً كلما تقيدت سلطة المصلحة المتعاقدة و بالنتيجة تتسع سلطة القاضي الإداري و تسهل رقابته على هذه

القرارات، لكن على خلاف ذلك يلاحظ أن المشرع لم يحكم ضبط النظام القانوني للجزاءات، إذ يمكن تسجيل العديد من النقائص أهمها:

- عدم تحديد مبلغ الغرامة التأخيرية، و بالتالي ترك أمر تحديدها للبنود التي تضعها المصلحة المتعاقدة ضمن دفاتر الشروط.

- يكاد ينعدم التنظيم القانوني لجزاء التعويض، رغم أهمية وضع قواعد خاصة بالتعويض في مجال العلاقات التعاقدية العامة، فقواعد التعويض المنصوص عليها في القانون المدني لا تصلح للتطبيق في العقود الإدارية لارتباط هذه العقود بالمرافق العامة، فلم يفصل المشرع في إشكالية إمكانية اقتضاء المصلحة المتعاقدة للتعويض دون اللجوء إلى القضاء، و إذا كان من المستقر عليه في قواعد القانون الخاص أن الطرف المتضرر ليس له إلا اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات فيحكم القاضي بالتعويض الذي يراه مناسباً لجبر الضرر، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بعقد إداري فإن الإدارية هي المكلفة بضمان سير المرفق و بالتالي تكون أجدر بتقدير قيمة التعويض و هذا تحت رقابة القضاء الإداري الذي يباشر رقابته على قرار التعويض كأبي قرار إداري آخر.

- لم تحظي الجزاءات الضاغطة هي الأخرى بالاهتمام الكافي من المشرع، إذ تكاد تخلو النصوص القانونية من الإشارة إليها رغم أهميتها المتمثلة في إمكانية استمرارية العلاقة التعاقدية، مع الضغط على المتعاقد المقصر لتنفيذ التزامه، و تجنب أعباء إبرام صفقة مع متعامل آخر.

- يتميز جزاء فسخ الصفقة بخطورة، فهو يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية مع لذلك يجب تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إليه قدر الإمكان، لذلك نجد المشرع المصري مثلاً قد أورد أهم حالات الفسخ و التي يمكن من خلالها استنباط درجة جسامه خطأ المتعاقد المبررة لفسخ الصفقة، أما المشرع الجزائري فقد ترك للمصلحة المتعاقدة مطلق السلطة في

تقدير الخطأ المبرر للفسخ، الأمر الذي يؤدي إلى احتمال تعسفها في تقدير الخطأ الذي يبرر فسخ الصفقة.

- أما فيما يخص منازعة قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة، لم يحد القضاء الإداري عن المسلك الذي اتخذته القضاء الفرنسي بشأن اعتبار قرار فسخ الصفقة من التصرفات التعاقدية التي تندرج في دائرة القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، و فضلا عن ذلك فقد حصر سلطته تجاه قرار الفسخ غير المشروع في منح التعويض دون أن يستطيع إلغاء هذا القرار، و هذا على الرغم من أن قرار فسخ الصفقة هو قرار إداري قائم بأركانه، كما أنه يرتب نتائج خطيرة تمس مركز المتعاقد و بالتالي فإن المتعامل المعني بقرار الفسخ يكون في أمس الحاجة إلى الحماية القضائية من تعسف المصلحة المتعاقدة، فمن غير المبرر تحصينه من جزاء الإلغاء على اعتبار أن الإلغاء هو الجزاء الأصلي للقرارات الغير مشروعة.

بالنظر إلى الملاحظات السابقة يتضح أن رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية لا تزال تشوبها العديد من النقائص التي تحد من فعاليتها، و لذلك يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- تقنين نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، و ذلك بتحديد بصفة صريحة تصرفات المصلحة المتعاقدة التي تعد قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة.

- النص بصفة واضحة على إمكانية توجيه الطعن القضائي ضد كل القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، و هذا إما بموجب دعوى الإلغاء أو دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

- توسيع صلاحيات قاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، و النص على صراحة على أنه فضلا عن توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة، فإنه يمكن للقاضي الإداري إلغاء قراراتها المتضمنة إخلالا بقواعد الإشهار و المنافسة.

- إعطاء المزيد من الاهتمام لمرحلة تنفيذ الصفقة بدأ من التنظيم المحكم لمختلف الجزاءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة، و ذلك باستدراك النقائص التي تعرفها أحكام الجزاءات المالية، و النص على الأحكام المتعلقة بالجزاءات الضاغطة.

- إيجاد أكبر قدر من الضمانات للمتعامل في مواجهة هذه الجزاءات، لاسيما فيما يخص جزاء فسخ الصفقة كتحديد أهم الحالات التي تبرر اللجوء إلى الفسخ.

أما بالنسبة للرقابة على القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة التنفيذ لاسيما قرارات فرض الجزاءات فإنه يتعين على القاضي الإداري أن يتبع حيالها أحد الحلين:

- إما اعتبارها قرارات إدارية منفصلة بحكم توافرها على جميع أركان القرار الإداري، و بالتالي قبول توجيه دعوى الإلغاء ضدها.

- إما فرض رقابته عليها بصفته قاضي العقد، مع احتفاظه بصلاحيته إلغاء هذه القرارات كلما توصل إلى عدم مشروعيتها.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب العامة:

- 1- أحمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة (دراسة مقارنة)، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، مصر، 2008.
- 2- بوادلي محمد، مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي و الجزائري)، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
- 3- بوادلي محمد ، شرح جرائم الغش في بيع السلع و تدليس قي المواد الغذائية و الطبية، دار الفجر للنشر و التوزيع، ط1، الجزائر، 2005.
- 4- بن سخرية كريم ، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر (دراسة تحليلية و تطبيقية في ضوء أحكام القانون المدني وقانون حماية المستهلك و قمع الغش 2009)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 5- ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد او الملوث (وسائل الحماية منها- و مشكلات التعويض عنها)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2007.
- 6- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، مصر، د.ت.ن
- 7- حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 8- سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية و الاتفاقيات الدولية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.
- 9- سيد حسن علي، الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة، 1990،
- 10- سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج ،دار هومة، الجزائر، 2009.
- 11- عبد الحق حميش، حماية المستهلك من منظور إسلامي، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- 12- عبد الحميد الشواربي، جرائم الغش و التدليس، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- 13- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، ب ط، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012،
- 14- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000
- 15- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 16- محمد احمد المعداوى عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 17- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطيرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- 18- محمد محمد عبده إمام، الحق في سلامة الغذاء من التلوث في تشريعات البيئة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004
- 19- هشام زوين، الحماية المدنية و الجنائية للعلامات و البيانات و الأسماء التجارية و المؤثرات الجغرافية

II- الرسائل و المذكرات:

رسائل الدكتوراه:

- 1- بركات كريمة، حماية امن المستهلك في ظل اقتصاد السوق (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 29-ماي-2014
- 2- بحري فاطمة ، الحماية الجنائية للمستهلك، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2012-2013
- 3- حساني علي، الايطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات (دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011-2012
- 4- كجار زاهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون ، فرع قانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 04-09-2006.

5- عمار زعبي، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بسكرة، 2012-2013.

مذكرات الماجستير:

- 1- بروال نعيمة، حقوق المستهلك و الإجراءات الإدارية و الوقائية المتخذة لحمايته،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون،2008-2009
- 2- بوقرين عبد الحليم ، الجرائم الماسة بأمن و سلامة المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي و علم الإجرام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق،تلمسان، 2009-2010.
- 3- بوزيد سليمة، أحكام المسؤولية المدنية للمنتج في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص عقود و مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، باتنة، 2013-2014
- 4- بوطبل خديجة، الحماية القانونية للمستهلك في مجال المنتوجات المستوردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2010.
- 5- جرعود الياقوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001-2002
- 6- حدوش فتيحة، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطيرة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، ملخص مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في ايطار مدرسة دكتوراه، فرع عقود و مسؤولية،جامعة أمحمد بوقره كلية الحقوق، بومرداس،2009-2010.
- 7- حملاحي جمال ، دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك على ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة امحمد بوقرة ، كلية الحقوق ،بومرداس،2005-2006.
- 8- خميس سناء، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، 2015.

- 9- زوبة سميرة، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي-وزو، 2007.
- 10- شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك و قمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي-وزو، 08-03-2012 .
- 11- كالم حبيبة، حماية المستهلك ،بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق و العلوم الإدارية.
- 12- لحراري (شالح) ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك و قمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، 2010-2011.
- 13- زوبير ارزقي ، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي-وزو، 14-04-2011.
- 14- مامش نادية، مسؤولية المنتج (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 16 جانفي 2012.
- 15- مبروك ساسي، الحماية الجنائية للمستهلك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2010-2011.

المقالات -III

المقالات العلمية:

- 1- بوادلي محمد ،"مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك"، إدارة، العدد 24، الجزائر، 2002، صص 31-56 .
- 2- بوتوشنت عبد النور، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان أمن المستهلك، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 12، جوان 2008 ، صص 119-138.

- 3- بركات كريمة ، حماية امن المستهلك في القانون الجزائري،مجلة معارف، العدد 9، 2010، ص ص29- 43.
- 4- جبالي واعمر، حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،تيوي وزو،العدد2، 2006،ص ص5- 58.
- 5- حساني علي،الالتزام بضمان الضرر في عيوب المنتجات،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،العدد4 ،ديسمبر 2011،ص-ص 229-246.
- 6- خالدي فتيحة،الحماية الجزائرية للمستهلك، مجلة علمية محكمة، عدد8، 2010،ص ص43-66.
- 7- قرواش رضوان،مطابقة المنتوجات للمواصفات والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،جامعة عبد الرحمان ميرة ، كلية الحقوق، بجاية، المجلد 09، عدد2014، ص ص1-237-261.
- 8- سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ،كلية الحقوق، جامعة العدد 2، 2009،ص ص55- 78.
- 9- _____ حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 04 لسنة 2010، ص ص 183، 203.
- 10- _____ تجريم الغش و الخداع كوسيلة لحماية المستهلك، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007،ص ص17-39.

المداخلات:

- 1- باحمد بن محمد رفيس، "حقوق الإنسان في الغذاء السليم"، بحث مقدم لندوة تطور العلوم الفقهية الثالثة عشر حول " الفقه الإسلامي، المشترك الإنساني و المصالح"، يومي 6 و 9 افريل 2014 ، جامعة غرداية، الجزائر

2- بلحاج نصيرة، الرقابة على مطابقة جودة المنتوجات، الملتقى الوطني الخامس، " الحماية القانونية للمستهلك" يومي 16، 17 ماي 2012، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة

3- بن طرية معمر، مداخلة حول : "نحو اقرار نظام موضوعي و صارم للمسؤولية المدنية للمنتج لتكريس حق المستهلك في الحماية" ، الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك ، يومي 16-17 ماي 2012، جامعة الدكتور يحي فارس ، كلية الحقوق، المدينة.ص ص1-19

4- تدريست كريمة، مداخلة حول : "شروط مسؤولية المنتج" ، أشغال اليوم الدراسي حول حماية المستهلك حول مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، يوم 26 جوان 2013، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص ص56-70

5- خالدي فتيحة، " الحماية الجنائية للمستهلك في ظل أحكام القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش" ، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك و المنافسة ، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق، بجاية، يومي 17-18 نوفمبر 2009، ص ص01-25.

6- زوبة سميرة، مداخلة حول : " احكام مسؤولية المنتج طبقا لنص المادة 140 مكرر من القانون المدني" ، الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك ، يومي 16-17 ماي 2012، جامعة الدكتور يحي فارس ، كلية الحقوق، المدينة، ص ص1-9.

7- سي يوسف زاهية حورية ، "التزام المتدخل بضمان سلامة المواد الغذائية و النظافة الصحية لها " ، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، يومي 5 و 6 ديسمبر، 2012، ص ص1-15

8- _____ " تطور مسؤولية المنتج" ، يوم دراسي حول مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، يوم 26 جوان 2013، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.ص ص11-28

9- شعباني (حنين) نوال، "المسؤولية الجزائية للمنتج عن الإخلال بواجب نظافة المواد الغذائية" ، ملتقى وطني حول مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي-وزو، 26 جوان 2013، ص ص196-240

- 10- صبايحي ربيعة، مداخلة حول " فعلية أحكام و إجراءات حماية المستهلك في القانون الجزائري"، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك و المنافسة، يومي 17 و 18 نوفمبر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009، ص01-26.
- 11- عليان عدة، "الآليات القانونية لحماية المستهلك في التشريع الجزائري"، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، يومي 5 و6 ديسمبر 2012، ص ص1-21.
- 12- قاسم حكيم، مداخلة حول " نحو المسؤولية الموضوعية للمنتج (حالة منتج الدواء)"، أشغال اليوم الدراسي حول حماية المستهلك حول مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، يوم 26 جوان 2013، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص ص82-94.
- 13- قونان كهينة، "نطاق و طبيعة مسؤولية المنتج"، ملتقى وطني حول مسؤولية المنتج عن فعل منتوجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، يوم 26 جوان 2013، ص ص29-55.
- 14- كتو محمد شريف، مداخلة حول: " المسؤولية الناتجة عن المنتجات المعيبة حسب المادة 140مكرر تقنين المدني الجزائري" اشغال اليوم الدراسي حول حماية المستهلك حول مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، يوم 26 جوان 2013، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص ص155-160.
- 15- مرباح صليحة، " القواعد الوقائية لتحقيق امن المنتوجات الغذائية"، الملتقى الوطني الخامس حول اثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، يومي 5 و6 ديسمبر، 2012، ص ص1-13

IV- النصوص القانونية:

نصوص تشريعية:

- 1- الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، الأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz.
- 2- القانون رقم 66-156 المؤرخ في 8-06-1966 المتعلق بقانون العقوبات، المعدل و المتمم.

- 3- القانون رقم 07-79 مؤرخ في 21 جويلية 1979 معدل ومتمم بقانون رقم 10-98 مؤرخ في 22 أوت 1998 المتضمن قانون الجمارك، الأمانة العامة للحكومة www.joradp.dz
- 4- القانون رقم 08-88، مؤرخ في 26 جانفي 1988، يتعلق بنشاطات الطب البيطري وحماية الصحة الحيوانية، ج ر عدد 4، صادر في 27 جانفي 1988
- 5- القانون رقم 02-89 المؤرخ في 7 فيفيري 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر عدد 06، الصادر في 8 فيفري 1989.
- 6- القانون رقم 09-90 مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالولاية، معدل ومتمم، ج ر عدد 15، صادر في 11 أفريل 1990.
- 7- القانون رقم 31-90 المؤرخ في 8 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات ج ر عدد 53، الصادر في 23 جانفي 1991.
- 8- الأمر رقم 07-95، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13، الصادرة في 8 مارس 1995، المعدل و المتمم.
- 9- القانون رقم 10-05، المؤرخ في 20-06-2005، المعدل و المتمم للقانون 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 41 الصادر في 20-06-2005.
- 10- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر عدد 15، الصادر في 8 مارس 2009.
- 11- القانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر في 3 جويلية 2011.

نصوص تنظيمية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 147-89، مؤرخ في 8 أوت 1989 المتضمن إنشاء مركز جزائري لمراقبة النوعية والرزوم وتنظيمه وعمله ج ر عدد 33، صادر في 9 أوت 1989.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 207-89، يتضمن القانون الأساسي المطبق على العمال المنتمين إلى الأسلاك الخاصة في الإدارة المكلفة بالتجارة، ج ر عدد 48، صادر في 15 نوفمبر 1989.
- 3- المرسوم التنفيذي 39-90 المؤرخ في 30-01-1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج.ر عدد 5، الصادر في 31-01-1990، المعدل و المتمم بموجب المرسوم

- التنفيذي رقم 315-01 ، المؤرخ في 06-10-2001 ، ج.ر عدد 61، الصادر في 21-10-2001.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 266-90 المؤرخ في 15-09-1990، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، جريدة رسمية عدد 40، الصادر في 19-09-1990.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 367-90 المؤرخ في 10-11-1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية، ج.ر عدد الصادر في المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22-11-2005، ج.ر عدد 83، الصادر في 25-12-2005
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 04، المؤرخ في 19 جانفي 1991، المتعلق بالمواد المعدة لكي تلامس الأغذية و مستحضرات تنظيف هذه المواد، ج.ر عدد 4 الصادر في 23 جانفي 1991
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 53-91 المؤرخ في 23-02-1990 ، المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك ، ج.ر عدد 09 الصادر في 27 فيفري 1991 .
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 192-91، مؤرخ في 1 جوان 1991، يتعلق بمخابر تحليل النوعية، ج ر عدد 27، الصادر في 02 جوان 1991.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 452-91، مؤرخ في 16 نوفمبر 1991، يتعلق بإنشاء المفتشيات البيطرية في المراكز الحدودية، ج ر عدد 59، صادر في 20 نوفمبر 1991.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 272-92 المؤرخ في 6 جويلية 1992 الذي يحدد تكوين المجلس واختصاصاته ج ر عدد 52، الصادر في 8 جويلية 1992.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 47-93 مؤرخ في 06 فيفري 1993 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92- 65 المؤرخ في 17 فيفري 1992 والمتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة ، ج ر عدد 09 صادر في 10 فيفري 1993.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 48-96، المؤرخ في 17 جانفي 1996، الذي يحدد شروط التأمين و كفاءته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتوجات، جريدة رسمية عدد 05، الصادرة في 21 جانفي 1996
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 355-96، مؤرخ في 19 أكتوبر 1996، يتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 62، الصادر

- في 20 أكتوبر 1996، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 459-97 مؤرخ في 01 ديسمبر 1997، ج ر عدد 80، الصادر في 07 ديسمبر 1997.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 254-97 مؤرخ في 8 جويلية 1997، يتعلق بالرخصة المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها، ج ر عدد 46، صادر في 9 جويلية 1997.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 99- 185 المؤرخ في 20 جويلية 1999، المتعلق بتحديد تدابير حفظ الصحة و النظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري للاستهلاك، ج.ر عدد 49 الصادر في 25 جويلية 1999
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 453-02 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يحدد صلاحيات وزير التجارة ج ر عدد 85، صادر في 22 ديسمبر 2002.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 454-02 مؤرخ في 21 ديسمبر 2002، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج ر عدد 85، صادر في 22 ديسمبر 2002، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 266-08، مؤرخ في 19 أوت 2008، ج ر عدد 48، صادر في 24 أوت 2008
- 18- المرسوم التنفيذي رقم 210-04 المؤرخ في 28-07-2004، المحدد لكيفيات ضبط المواصفات التقنية للمغلفات المخصصة لاحتواء مواد غذائية مباشرة أو أشياء مخصصة للأطفال ، ج.ر عدد 47، الصادر في 28-07-2004
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 67-05، مؤرخ في 30 جانفي 2005، يتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية وتحديد مهامها وتنظيمها، ج ر عدد 10، الصادر في 6 فيفري 2005
- 20- المرسوم التنفيذي رقم 465-05 المؤرخ في 06 ديسمبر 2005 والمتعلق بتقييم المطابقة ج ر عدد 80 صادر في 11 ديسمبر 2005.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 464-05، مؤرخ في 06 ديسمبر 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، ج ر عدد 80، الصادر في 11 ديسمبر 2005.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 467-05 صادر في 10 ديسمبر 2005، المحدد لشروط مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود وكيفيات ذلك ج ر عدد 80 صادر في 11 ديسمبر 2005.

23- المرسوم التنفيذي رقم 09-11 المؤرخ في 20 جانفي 2011، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلحياتها، ج ر عدد 4، صادر في 23 جانفي 2011.

24- المرسوم التنفيذي رقم 12-214، المؤرخ في 15 ماي 2012، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات استعمال المضافات الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري، ج.ر عدد 30 الصادر في 16 ماي 2012.

القرارات الوزارية:

1- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 نوفمبر 1992 المبين لدرجات الحرارة وأساليب الحفظ بواسطة التبريد والتجميد أو التجميد المكثف للمواد الغذائية ج ر عدد 87 صادر في 30 نوفمبر 1992.

2- القرار المؤرخ في 24 ماي 1993، المحدد لشروط فتح مخابر تحليل النوعية واعتمادها وكيفيات ذلك، ج ر عدد 50، الصادر في 28 جويلية 1993

3- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18-08-1993، المتعلق بتحديد مواصفات بعض انواع الحليب المعد للاستهلاك و عرضه، ج.ر عدد 69 الصادر في 23-10-1993.

4- القرار المؤرخ في 21 جوان 1994 المعدل و المتمم للقرار المؤرخ في 10 فيفري 1992، المتعلق باستعمال المحليات المكثفة في بعض المواد الغذائية، ج.ر عدد 57 الصادر في 14 سبتمبر 1994.

5- القرار الوزاري المؤرخ في 23 جويلية 1994، المتعلق بتحديد المواصفات الميكروبيولوجية لبعض المواد الغذائية، ج.ر عدد 57 الصادر في 14 سبتمبر 1994

6- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 جانفي 2000، يمنع استيراد و انتاج وتسويق و استعمال المادة النباتية المغيرة وراثيا، ج.ر عدد 02 الصادر في 7 جانفي 2000.

7- القرار الوزاري المؤرخ في 26 يوليو 2000، المتعلق بمواصفات مياه الشرب الموضبة مسبقا و كيفيات عرضها، ج.ر عدد 51، الصادر في 20 اوت 2000.

8- قرار وزاري المؤرخ في 26-07-2000، المتعلق بالقواعد المطبقة على تركيبة المنتوجات اللحمية المطهية ووضعها رهن الاستهلاك، ج.ر عدد 54 الصادر في 30-08-2000

- 9- - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 نوفمبر 2005، يحدد تنظيم المديرية
الولائية للتجارة في مكاتب، ج ر عدد 69، صادر في 18 نوفمبر 2005.
- 10- القرار الوزاري المؤرخ في 14 ماي 2006 المحدد نماذج ومحتوي الوثائق
المتعلقة بمراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة عبر الحدود ج ر عدد 52 صادر في
20 أوت 2006.

ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية

A- *Ouvrages Généreux :*

- 1- BRUN Philippe, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, paris,2005.
- 2- CALAIS-AULOY jeans et STEINMTZ Frank, Droit de la consommation, 4eme édition, Dalloz,1996
- 3- CALAIS-AULOY Jean et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, 6^e édition, Dalloz.2006.
- 4- FAO-OMS, Résidus de pesticide dans les denrées alimentaires, volume 2, 2^e édition, Rome, 1994
- 5- JOURDAIN Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 5^e édition, Dalloz, paris,2000.
- 6- LE TOURNEAU Philippe, Responsabilité civile professionnelle,2^e édition, Dalloz ,paris
- 7- RASSAT Michèle- Laure , la responsabilité civile,3^e édition, Presses Universitaires de France, 1988
- 8- -TERRE François, SMMER Philippe et LEQUETTE Yves, Droit civil- les obligations, 8^e édition, Dalloz, paris, 2002

B – *Articles :*

- 1- Ch. KALFAT, « **l'inquiétude du consommateur face aux nouveaux produits alimentaire proposé** », revue semestrielle,

- éditée par laboratoire de droit privé fondamental, faculté de droit, univ Abou-Bakar, Tlemcen , N°1,decembre2004
- 2- D. FELALI, F. FETTAT, A. BOUCENDA, « **concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en Algérie** », **R.A.S.J.E.P**, volume 36, N°1, université d'Alger, 1998,(pp 63 -78).
 - 3- Frédéric Garron, « **la protection du consommateur sur le marché européen des droit de séjour à temps partagé.** », **R.T.D.E** , N°2 vol38,avril- juin ,2002,Dalloz,(222- 281).
 - 4- FILLALI,A BOUCENDA, « **protection juridique du consommateur en Algérie** », Revue de Sciences juridiques et administratives, numéro spécial, faculté de droit, université Djilali Liabes, Sidi Bel Abbes, avril 2005, (pp 15-26).
 - 5- Grégoire Bigot « **retour sur quelques présupposés en matière de responsabilité**
 - 6- **civile** », **R.H.D.F.E**, N2,avril- juin,2007,(272- 300).
 - 7- Jean CALAIS-AULOY, « **une nouvelle garantie pour l'acheteur, la garantie de conformité** », **R.T.D.C** , N°4, Dalloz,2005,(701 -713).
 - 8- M.kahloula et G.Mekamcha, « **la protection de consommateur en droit algérien** », premier partie, IDARA, Alger, 1995,(pp 07-43)
 - 9- Rachid Saïd lakhedar Mohamed, « **le dispositif législatif et réglementaire en matière de protection du consommateur par la qualité des produits** », Revue algérienne des siences juridique économiques et politique, N°2,2002, (pp 47 -54)
 - 10- JOURDAIN Patrice, « **Responsabilité civile** », Revue Trimestrielle de Droit civil, N°3,Dalloz,2008 (pp492 -497).

الفهرس

مقدمة.....ص4.

الفصل الأول:

الرقابة على منازعات إبرام الصفقات العمومية.....ص10.

المبحث الأول: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلةص12.

المطلب الأول: تحديد القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية.....ص14.

الفرع الأول: تعريف القرارات المنفصلة.....ص14.

الفرع الثاني: معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة.....ص17.

أولاً- المعيار الذاتي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة.....ص17.

ثانياً- المعيار الموضوعي لتحديد القرارات المنفصلة.....ص18.

المطلب الثاني: أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة.....ص21.

الفرع الأول: القرارات الممهدة لإبرام الصفقة.....ص21.

أولاً- قرار الاستبعاد من المشاركة في المناقصة.....ص22.

أ - قرار رفض العرض المقدم.....ص22.

ب- قرار استبعاد متنافس.....ص23.

1- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.....ص23.

- 2- التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.....ص26.
- ثانيا: قرار الإعلان عن الصفقة.....ص27.
- ا- شكل الإعلان.....ص28.
- ب- الشروط الموضوعية للإعلان.....ص29.
- ثالثا- قرار المنح المؤقت للصفقة.....ص31.
- ا- نشر إعلان المنح المؤقت.....ص31.
- ب- تعليق قرار المنح المؤقت.....ص32.
- الفرع الثاني: القرارات المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة.....ص34.
- أولا: قرار إبرام الصفقة.....ص34.
- ا- الاختصاص بإبرام الصفقة.....ص35.
- ب - تفويض الاختصاص بالموافقة على إبرام الصفقة.....ص36.
- ثانيا: قرار رفض إبرام الصفقة.....ص37.
- ثالثا: قرار التصديق على الصفقة.....ص37.
- المبحث الثاني: طبيعة رقابة القاضي الإداري على القرار المنفصل...ص39.**
- المطلب الأول: رقابة قاضي الإلغاء.....ص40.
- الفرع الأول: شروط دعوى إلغاء القرار المنفصل.....ص40.

- أولاً- شرط تقديم الطعن من غير المتعاقد.....ص41.
- ثانياً: أن يكون القرار نافذا.....ص43.
- ثالثاً: تأسيس الطلب على عدم مشروعية القرار المنفصل.....ص45.
- الفرع الثاني: أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد.....ص50.
- المطلب الثاني: رقابة الاستعجال قبل التعاقد.....ص54.
- الفرع الأول: شروط دعوى الاستعجال قبل التعاقد.....ص55.
- الفرع الثاني: سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد.....ص61.

الفصل الثاني:

- الرقابة على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.....ص68.**
- المبحث الأول: رقابة قاضي العقد على منازعات التنفيذ العاديص70.
- المطلب الأول: رقابة قاضي الموضوع على منازعات تنفيذ الصفقة..ص71.
- الفرع الأول: الرقابة على منازعات دفع مستحقات المتعاقدص71.
- أولاً- الرقابة على دفع مقابل تنفيذ الصفقة.....ص72.
- ثانياً- الرقابة على دفع مقابل الملحق.....ص75.
- ثالثاً- الرقابة على تطبيق بندي التحيين و المراجعة.....ص76.
- أ- تحيين.....ص76.
- ب- المراجعة.....ص77.
- الفرع الثاني: الرقابة على منازعات تعويض المتعامل.....ص78.

- أولاً- الرقابة على منازعات حماية التوازن المالي للصفقة.....ص79.
- ثانياً: الرقابة على إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزام تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ.....ص81.
- الفرع الثالث: الرقابة على منازعات تصرفات المصلحة المتعاقدة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية.....ص83.
- أولاً- الرقابة على قرارات توقيع الجزاءات المالية.....ص84.
- أ- الرقابة على فرض غرامة التأخير.....ص84.
- ب- الرقابة على جزاء مصادرة الضمان.....ص87.
- ج- الرقابة على جزاء التعويض..... ص 88.
- ثانياً- الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة.....ص89.
- المطلب الثاني: رقابة الاستعجال التعاقدية.....ص91.
- الفرع الأول: شروط اختصاص قاضي الاستعجال التعاقدية.....ص92.
- أولاً: شرط الاستعجال.....ص92.
- ثانياً- شرط عدم المساس بأصل الحق.....ص93.
- ثالثاً: شرط عدم المساس بالنظام العام.....ص95.
- رابعاً: شرط رفع الدعوى في آجال معقولة.....ص96.
- الفرع الثاني: تدابير الاستعجال في مجال تنفيذ الصفقات.....ص97.

- أولاً- إثبات حالة.....ص97.
- ثانياً- تدابير التّحقيق.....ص98.
- أ - الخبرة.....ص98.
- ب- المعاينات و الانتقال إلى الأماكن.....ص100.
- ثالثاً: منح التسبيق المالي.....ص100.
- المبحث الثاني: الرقابة على منازعات فسخ الصفقة و بطلانها.....ص102.**
- المطلب الأول: الرقابة على منازعات فسخ الصفقة العمومية.....ص103.
- الفرع الأول: الرقابة على طلب أحد الأطراف فسخ الصفقة.....ص103.
- أولاً- الرقابة على طلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة.....ص104.
- ثانياً- الرقابة على طلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة.....ص107.
- الفرع الثاني: الرقابة على قرار فسخ الصفقة.....ص107.
- أولاً- نطاق رقابة القاضي العقد على قرار فسخ الصفقة.....ص108.
- أ- الرقابة على مشروعية قرار الفسخ لدواعي المصلحة العام.....ص108.
- ب- الرقابة على مشروعية و ملائمة قرار الفسخ الجزائي.....ص111.
- ثانياً- محدودية سلطات قاضي العقد في مواجهة قرار فسخ
الصفقة.....ص113.
- المطلب الثاني: الرقابة على منازعات بطلان الصفقة.....ص115.

- الفرع الأول: الرقابة على صحة أركان الصفقة.....ص116.
- أولاً- الرقابة على ركن الرضا.....ص116.
- أ- الأهلية اللازمة لإبرام الصفقات.....ص117.
- ب- سلامة الإرادة من العيوب.....ص118.
- ثانياً- الرقابة على ركن المحل.....ص123.
- ثالثاً- بطلان الصفقة لعيب في السبب.....ص124.
- الفرع الثاني: جزاء بطلان الصفقة.....ص125.
- خاتمة.....ص129.
- قائمة المراجع.....ص135.
- فهرس.....ص151.

الملخص

تتنوع رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، تبعاً للمراحل التي تمر بها الصفقة، حيث يمكن التمييز بين قسمين من المنازعات، منازعات إبرام الصفقة من جهة، و منازعات تنفيذها من جهة أخرى.

تتصب رقابة القاضي بالنسبة لمنازعات الإبرام، على القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة، و ذلك إما بموجب دعوى الإلغاء التقليدية، و إما بموجب دعوى خاصة تسمى بدعوى الاستعجال قبل التعاقد.

من جهة أخرى تخضع منازعات تنفيذ الصفقة لرقابة قاضي العقد و هذا في حالة التنفيذ العادي، إما باعتباره قاضي الموضوع، و إما باعتباره قاضي الاستعجال، كما يراقب كل المنازعات الحقوقية التي تثور في حالة فسخ الصفقة و بطلانها.

RÉSUMÉ

Le Contrôle du juge administratif est étendu sur les contentieux des marchés public, selon les étapes que traverse le marché. Ou peut distinguer, d'une part, les contentieux de passation des marchés et, d'autre part, les contentieux des exécutions.

Le contrôle du juge eu ce qui concerne les contentieux de passation se de passation sur les actes de passation détachables du marché, et ceci soit selon l'action d'annulation traditionnelle ou bien selon une action spécifique appelée action du réfère précontractuel.

D'autre parte les contentieux d'exécution sont soumis au juge de contrat dans le cas d'une exécution ordinaire, considérant qu'il est le juge de fond ou le juge de réfère, comme il contrôle, aussi tous les contentieux que se manifestent lors de la résiliation et l'annulation du marché.